

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإيلاء

الإيلاء في اللغة : الحلف . يقال : آلى يُولِي إِيْلَاءً وَإِلِيَّةً . وَجَمْعُ الْإِلِيَّةِ الْإِيَاءُ ، قال الشاعر^(١) :

قَلِيلُ الْإِلِيَاءِ حَافِظٌ لِيَمِينِهِ إِذَا صَدَرَتْ مِنْهُ الْإِلِيَّةُ بَرَّتْ

/ ويُقال : نَأَلَى يَتَأَلَى . وفي الخبر : « مَنْ يَتَأَلَّ عَلَى اللَّهِ يُكَذِّبُهُ » . فَأَمَّا الإِيْلَاءُ فِي الشَّرْعِ ، فَهُوَ الْحَلْفُ عَلَى تَرْكِ وَطْءِ الْمَرْأَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾^(٢) . وَكَانَ أَبِي بَنُ كَعْبٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ يَقْرَأَانِ : « يُقْسِمُونَ »^(٣) .

١٢٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْمَوْلَى الَّذِي يَخْلِفُ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَطْأَ زَوْجَتَهُ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ شُرُوطَ الْإِيْلَاءِ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَخْلِفَ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ الْحَلْفَ بِذَلِكَ إِيْلَاءٌ . فَأَمَّا إِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ بِغَيْرِ هَذَا ، مِثْلَ أَنْ حَلَفَ بِطُلَاقٍ ، أَوْ عَتَاقٍ ، أَوْ صَدَقَةِ الْمَالِ ، أَوْ الْحَجِّ ، أَوْ الظَّهَارِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَكُونُ مَوْلِيًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، هُوَ مُوَلٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : كُلُّ يَمِينٍ مَنَعَتْ جَمَاعَهَا ، فَهِيَ إِيْلَاءٌ^(١) .

(١) البيت لكثير عزة . ديوانه ٣٢٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر : تفسير القرطبي ٣ / ١٠٢ .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب كل يمين منعت الجماع ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨١ .

وبذلك قال الشَّعْبِيُّ، والنَّخَعِيُّ، ومَالِكٌ، وأَهْلُ الْحِجَازِ، والثَّوْرِيُّ، وأَبُو حَنِيفَةَ، وأَهْلُ
 الْعِرَاقِ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَأَبُو عُبَيْدٍ، وَغَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مَنَعَتْ جَمَاعَهَا فَكَانَتْ
 إِيْلَاءً، كَالْحَلْفِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ تَعْلِيْقَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ عَلَى وَطْئِهَا حَلْفٌ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ
 قَالَ : مَتَى حَلَفْتُ بِطَلَاقِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . طَلَقْتُ
 فِي الْحَالِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : كُلُّ يَمِينٍ مِنْ حَرَامٍ أَوْ غَيْرِهَا، يَجِبُ بِهَا كَفَّارَةٌ ، يَكُونُ
 الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا . وَأَمَّا الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، فَلَيْسَ الْحَلْفُ بِهِ إِيْلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ
 آدَمِيٍّ، وَمَا أَوْجَبَ كَفَّارَةً تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى . وَالرَّوَايَةُ الْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ ؛ لِأَنَّ
 الْإِيْلَاءَ الْمُطْلَقَ إِنَّمَا هُوَ الْقَسَمُ، وَلِهَذَا قَرَأَ أَبُو وَابْنُ عَبَّاسٍ : « يُقْسِمُونَ » . مَكَانَ :
 ﴿ يُؤْلُونَ ﴾ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي تَفْسِيرِ ﴿ يُؤْلُونَ ﴾ . قَالَ : يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ .
 هَكَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ . وَالتَّعْلِيْقُ بِشَرْطٍ لَيْسَ بِقَسَمٍ ، وَلِهَذَا لَا يُؤْتَى فِيهِ بِحَرْفِ
 الْقَسَمِ ، وَلَا يُجَابُ بِجَوَابِهِ ، وَلَا يَذْكُرُهُ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ فِي بَابِ الْقَسَمِ ، فَلَا يَكُونُ إِيْلَاءً ،
 وَإِنَّمَا يُسَمَّى حَلْفًا تَجَوُّزًا ، لِمُشَارَكَةِ الْقَسَمِ فِي الْمَعْنَى الْمَشْهُورِ فِي الْقَسَمِ ، وَهُوَ
 الْحَثُّ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ الْمَنْعُ مِنْهُ ، أَوْ تَوْكِيدُ الْحَبْرِ، وَالْكَلَامُ عِنْدَ إِطْلَاقِهِ لِحَقِيقَتِهِ ؛ وَيَدُلُّ
 عَلَى هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٢) . وَإِنَّمَا يَدْخُلُ الْغُفْرَانُ
 فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ . وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ / : « مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ أَشْرَكَ » ^(٣) . وَقَوْلُهُ :
 « إِنْ اللَّهَ يَنْهَاكُمُ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ غَيْرَ

ظ ٥٨/٨

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا قتيبة ، حدثنا أبو خالد ... ، من كتاب النذور . عارضة الأحوذى
 ١٨ / ٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٧ ، ٢ / ٣٤ ، ٦٩ ، ٨٧ ، ١٢٥ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب من لم ير إكفار من قال ذلك
 متأولاً أو جاهلاً ، من كتاب الأدب ، وفى : باب لا تحلفوا بآبائكم ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب السؤال بأسماء الله
 تعالى والاستعاذة بها ، من كتاب التوحيد ، صحيح البخارى ٥ / ٥٣ ، ٨ / ٣٣ ، ١٦٤ ، ٩ / ١٤٧ .
 ومسلم ، فى : باب النهى عن الحلف بغير الله تعالى ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٦ ، ١٢٦٧ .
 كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الحلف بغير الله ، وباب حدثنا قتيبة ، من كتاب النذور .
 عارضة الأحوذى ٧ / ١٦ - ١٨ . والنسائى ، فى : باب التشديد فى الحلف بغير الله تعالى ، وباب الحلف بالآباء ،
 من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٧ / ٤ ، ٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يحلف بغير الله ، =

الْقَسَمِ حَلْفٍ ، لَكِنْ الْحَلْفُ بِإِطْلَاقِهِ إِنَّمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْقَسَمِ ، وَإِنَّمَا يُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِ الْقَسَمِ بِدَلِيلٍ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْقَسَمَ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ لَا يَكُونُ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةً وَلَا شَيْئًا يَمْنَعُ مِنْ^(٥) الْوُطْءِ ، فَلَا يَكُونُ إِيلَاءً ، كَالْخَبَرِ بِغَيْرِ قَسَمٍ^(٦) . وَإِذَا قُلْنَا بِالرُّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فَلَا يَكُونُ مُوَلِيًّا^(٧) إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ بِمَا يَلْزِمُهُ بِالْحِنْثِ فِيهِ^(٨) حَقٌّ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ . أَوْ : فَأَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَى^(٩) كَظْهَرِ أُمِّي . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ سَنَةٍ أَوْ الْحَجِّ أَوْ صَدَقَةٍ . فَهَذَا يَكُونُ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ بِوُطْئِهَا حَقٌّ يَمْنَعُهُ مِنْ وَطْئِهَا خَوْفُهُ مِنْ وَجُوبِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ بِالْوُطْءِ حَقٌّ ، وَلَا يَصِيرُ قَازِفًا بِالْوُطْءِ ؛ لِأَنَّ الْقَذْفَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَصِيرَ زَانِيَةً بِوُطْئِهَا ، كَمَا لَا تَصِيرُ زَانِيَةً بِطُلُوعِ الشَّمْسِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ هَذَا الشَّهْرِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا بَعْدَ مُضِيِّهِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ حَقٌّ ، فَإِنَّ صَوْمَ هَذَا الشَّهْرِ لَا يُتَصَوَّرُ بَعْدَ مُضِيِّهِ ، فَلَا يَلْزِمُ بِالنَّذْرِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ أُمْسٍ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى أَنْ أُصَلِّيَ عَشْرِينَ رَكْعَةً . كَانَ مُوَلِيًّا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مَالٌ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِمَالٍ ، فَلَا يَكُونُ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى أَنْ أَمْشِيَ فِي السُّوقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الصَّلَاةَ تَجِبُ بِالنَّذْرِ ، فَكَانَ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(١٠) لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الصَّلَاةَ تَحْتَاجُ إِلَى الْمَاءِ وَالسُّتْرَةِ . وَأَمَّا الْمَشْيُ فِي السُّوقِ ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ عَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛

= من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٧ . والإمام مالك ، في : باب جامع الأيمان ، من كتاب النذور والأيمان . الموطأ ٢ / ٤٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٧ ، ٨ ، ١١ ، ١٧ ، ٢٠ ، ٤٨ ، ٧٦ ، ٦٢ / ٥ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : « القسم » .

(٧) في م : « مولى » .

(٨) في الأصل : « فيكون » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) في م : « ذكره » .

لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين ؛ إما الكفارة ، وإما المشي ، فقد صار الحنث موجبا لحق عليه ، فعلى هذا يكون مؤليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا ، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وإن سلمنا ، فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر ، بخلاف مسألتنا . وإذا استثنى في يمينه ، لم يكن مؤليا في قول الجميع ؛ لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث ، فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه . وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى ، أو كانت يميناً مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق ، فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر ، فوجوده كعدمه / ، ويكون مؤليا بهما ، سواء استثنى أو لم يستثن .

٥٩/٨

فصل : الشرط الثاني ، أن يخلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر . وهذا قول ابن عباس ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأبي عبيد^(١١) . وقال عطاء ، والثوري ، وأصحاب الرأي : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد ، كان مؤليا . وحكى ذلك القاضي وأبو الحسين رواية عن أحمد ؛ لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مؤليا ، كما لو حلف على ما زاد . وقال النخعي ، وقتادة ، وحماد ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق : من حلف على ترك الوطء في قليل من الأوقات أو كثير ، وتركها^(١٢) أربعة أشهر ، فهو مؤل ؛ لقول الله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(١٣) . وهذا مؤل ؛ فإن الإيلاء الحلف ، وهذا حالف . ولنا ، أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر ، فلم يكن مؤليا ، كما لو حلف على ترك قبلتها . والآية حجة لنا ؛ لأنه جعل له تريض أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها ، فلا معنى للتريض ؛ لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع^(١٤) انقضائه . وتقدير التريض بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها

(١١) في م : « وأبي عبيدة » .

(١٢) في ١ : « فتركها » .

(١٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(١٤) في م : « ومع » .

الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد ^(١٥) «أربعة أشهر» ، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون ، لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفئنة أنها تكون في مدة الأربعة الأشهر ^(١٦) ، وظاهر الآية خلافه ؛ فإن الله تعالى قال : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ فَاءُوا﴾ ^(١٧) . فعقب ^(١٨) الفئنة ^(١٩) عقيب التربص بقاء التعقيب ، فيدل على تأخيرها عنه . إذا ثبت هذا ، فحكى عن ابن عباس ، أن المولى من يخلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقاً ^(٢٠) ؛ لأنه إذا حلف على ما دون ذلك ^(٢١) ، أمكنه التخلص بغير حنث ، فلم يكن مولى ، كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها . ولنا ، أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث ، فأشبهه المطلقة ، بخلاف اليمين على مدينة معينة ، فإنه يمكنه ^(٢٢) التخلص بغير الحنث ^(٢٣) ، ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها ، فإذا حلف على أكثر منها كان مولى كالأبد . ودليل الوصف ما روى أن عمر ، رضي الله عنه ، كان يطوف ليلة في المدينة ، فسمع امرأة تقول ^(٢٤) :

٥٩/٨ ظ

/ تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَازْوَرَّ جَانِبُهُ وَلَيْسَ إِلَى جَنْبِي خَلِيلُ الْأَعْبَةِ
فَوَاللَّهِ لَوْلَا اللَّهُ لَا شَيْءَ غَيْرُهُ لَرُغِرَ عَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَائِبُهُ

(١٥-١٥) في ١ : « الأربعة الأشهر » . وفي ب : « أربعة الأشهر » .

(١٦) في الأصل ، ب ، م ، « أشهر » .

(١٧) ورد تمام الآية في ١ : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا ﴾ .

(١٨) في ١ : « فعقبت » .

(١٩) في ب ، م : « الفئ » .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى

٧ / ٣٨٠ . والإمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢ / ٤٢ . وعبد

الرزاق ، في : باب الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٤٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في

الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٦ .

(٢١) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٢٢) في ب ، م : « يمكن » .

(٢٣) في ١ : « حنث » .

(٢٤) تقدمت القصة والآيات في : ١٠ / ٢٤٠ ، ٢٤١ .

مَخَافَةُ رَبِّي وَالْحَيَاءُ يَكْفِينِي وَأَكْرِمُ بَعْلِي أَنْ تُنَالَ مَرَائِبَهُ
فسأل عمرُ نساءَ : كم تصبرُ المرأةُ عن الزوج ؟ فقلن : شهرين ، وفي الثالث يقلُ
الصبرُ ، وفي الرابع ينفدُ الصبرُ . فكتبَ إلى أمراءِ الأجنادِ ، أن لا تحبسوا رجلاً عن
أمراته أكثرَ من أربعة أشهرٍ .

فصل : وإذا علقَ الإيلاءُ بشرطٍ مُستحيل ، كقوله : والله لا وطئتُكِ حتى تصعدِي
السَّمَاءَ ، أو تقلبي الحَجَرَ ذهباً ، أو يشيبَ الغرابُ . فهو مُولٍ ؛ لأنَّ معنى ذلك تركُ
وطئها ؛ فإنَّ ما يُرادُ إحالةُ وجوده يُعلَقُ على المُستحيالاتِ . قال الله تعالى في الكُفَّارِ :
﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾^(٢٥) . ومعناه لا يَدْخُلُونَ
الْجَنَّةَ أَبَداً . وقال بعضهم^(٢٦) :

إذا شابَ الغرابُ أَتَيْتُ أَهْلِي وَصَارَ الْقَارُ كَاللَّبَنِ الْحَلِيبِ
وإن قال : والله لا وطئتُكِ حتى تحبلي . فهو مُولٍ ؛ لأنَّ حبْلها بغيرِ وطءٍ مُستحيلٌ
عادةً ، فهو كصُعُودِ السَّمَاءِ . وقال القاضي ، وأبو الخطَّابِ ، وأصحابُ الشافعيِّ :
ليس بمولٍ إلا أن تكونَ صَغِيرَةً يَغْلُبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أو آيسَةً ،
فأما إن كانتَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ ، فلا يكونُ مُولياً ؛ لأنَّه يُمكنُ حَمْلُها . قال القاضي :
وإذا كانتِ الصَّغِيرَةُ بِنْتِ تِسْعِ سِنِينَ^(٢٧) ، لم يكنْ مُولياً ؛ لأنَّ حَمْلها مُمكنٌ . ولنا ، أنَّ
الحَمْلَ بِذَوْنِ الْوَطْءِ مُستحيلٌ عادةً ، فكانَ تَعْلِيقُ الْيَمِينِ عَلَيْهِ إِيْلَاءً ، كصُعُودِ
السَّمَاءِ . ودليلُ اسْتِحَالَتِهِ قَوْلُ مَرْيَمَ : ﴿ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ
بَغِيًّا ﴾^(٢٨) . وقولهم : ﴿ يَا نُحْتِ هَرُونَ مَا كَانَ أَبُوكَ أَمْرًا سَوِيًّا وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ

(٢٥) سورة الأعراف ٤٠ .

(٢٦) تقدم في ١٠ : ٤٧٥ .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سورة مريم ٢٠ .

بَغِيًّا ﴿٢٩﴾ . وَلَوْلَا اسْتِحَالَّتْ لَمَّا نَسَبُوهَا إِلَى الْبَغَاءِ بِوُجُودِ (٣٠) الْوَلَدِ ، وَأَيْضًا قَوْلُ
عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الرَّجْمُ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ ، إِذَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ كَانَ
الْحَبْلُ ، أَوْ الْإِعْتِرَافُ (٣١) . وَلَئِنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْحَبْلَ لَا يُوجَدُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ . فَإِنْ قَالُوا :
يُمْكِنُ حَبْلُهَا مِنْ وَطْءٍ غَيْرِهِ (٣٢) ، أَوْ بِاسْتِدْخَالِ مَنِيهِ . قُلْنَا : أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ
لَوْ صَرَّحَ بِهِ فَقَالَ : لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تَحْبِلِي مِنْ غَيْرِي . أَوْ : مَا دُمْتُ فِي نِكَاحِي . أَوْ :
حَتَّى تَزْنِي . كَانَ مُؤَلِّيًا ، وَلَوْ (٣٣) صَحَّ مَا ذَكَرُوهُ لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا . وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مِنَ
الْمُسْتَحِيلَاتِ عَادَةً ، إِنْ وَجَدَ كَانَ مِنْ خَوَارِقِ الْعَادَاتِ ، بِدَلِيلِ مَا / ذَكَرْنَاهُ . وَقَدْ قَالَ
أَهْلُ الطَّبِّ : إِنْ الْمَنِيَّ إِذَا بَرَدَ لَمْ يُحَلِّقْ مِنْهُ وَلَدٌ . وَصَحَّحَ قَوْلَهُمْ قِيَامُ الْأَدِلَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَا
بَعْضَهَا ، وَجَرِيَانُ الْعَادَةِ عَلَى وَفْقِ مَا قَالُوهُ . وَإِذَا كَانَ تَعْلِيْقُهُ عَلَى مَوْتِهِ أَوْ مَوْتِهَا أَوْ مَوْتِ
زَيْدٍ أَيْلَاءَ ، فَتَعْلِيْقُهُ عَلَى حَبْلِهَا بِغَيْرِ وَطْءٍ أَوَّلَى . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِقَوْلِي : حَتَّى تَحْبِلِي .
السَّبَبِيَّةَ ، وَلَمْ أَرِدِ الْعَايَةَ . وَمَعْنَاهُ لَا أَطَأُكَ لِتَحْبِلِي . قَبْلَ مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِحَالِفٍ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ ، وَإِنَّمَا هُوَ حَالِفٌ عَلَى قَصْدِ تَرْكِ الْحَبْلِ بِهِ ، فَإِنَّ حَتَّى تُسْتَعْمَلَ
بِمَعْنَى السَّبَبِيَّةِ .

٦٠/٨ و

فصل : وَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَى غَيْرِ مُسْتَحِيلٍ ، فَذَلِكَ عَلَى خَمْسَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا

(٢٩) سورة مريم ٢٨ .

(٣٠) في ١ ، م : « لوجود » .

(٣١) أخرجه البخاري ، في : باب الاعتراف بالزنى ، وباب رجم الحبلى من الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح
البخاري ٨ / ٢٠٨ ، ٢٠٩ . ومسلم ، في : باب رجم الثيب في الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم
٣ / ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٥٦ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في تحقيق الرجم ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وابن ماجه ، في : باب
الرجم ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٣ ، ٨٥٤ . والدارمي ، في : باب في حد المحصنين بالزنا ، من
كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٩ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ
٢ / ٨٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤٠ ، ٥٥ .

(٣٢) في ب ، م : « الغير » .

(٣٣) في ١ : « فلو » .

يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَقِيَامِ السَّاعَةِ ، فَإِنَّ لَهَا عِلَامَاتٍ تَسْبِقُهَا ، فَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : حَتَّى تَأْتِيَ الْهِنْدَ . أَوْ نَحْوَهُ . فَهَذَا مُوَلٌّ ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . الثَّانِي ، مَا الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَخُرُوجِ الدَّجَالِ ، وَالذَّابَّةِ ، وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ ، أَوْ يَقُولُ : حَتَّى أَمُوتَ . أَوْ : تَمُوتِي . أَوْ : يَمُوتَ وَلَدُكَ . أَوْ : زَيْدٌ . أَوْ : حَتَّى يَقْدَمَ زَيْدٌ مِنْ مَكَّةَ . وَالْعَادَةُ أَنَّهُ لَا يَقْدَمُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَكُونُ^(٣٤) مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي نِكَاحِي هَذَا . وَكَذَلِكَ لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى مَرَضِهَا ، أَوْ مَرَضِ إِنْسَانٍ بَعِيْنِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى أَمْرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُوجَدَ ، اخْتِمَالًا مُتَسَاوِيًا ، كَقُدُومِ زَيْدٍ مِنْ سَفَرٍ قَرِيبٍ ، أَوْ مِنْ سَفَرٍ لَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ ، فَهَذَا لَيْسَ بِإِبِلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ حَلْفُهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَا يُظَنُّ ذَلِكَ . الرَّابِعُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يُوجَدُ فِي أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ يُظَنُّ ذَلِكَ ، كَذُبُولِ بَقِيلٍ ، وَجَفَافِ ثَوْبٍ ، وَمَجِيءِ الْمَطَرِ فِي أَوَانِهِ ، وَقُدُومِ الْحَاجِّ فِي زَمَانِهِ . فَهَذَا لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِتَرْكِ وَطِئِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ شَهْرًا . الْخَامِسُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مِنْهَا ، هِيَ قَادِرَةٌ عَلَيْهِ ، أَوْ فِعْلٍ مِنْ غَيْرِهَا . وَذَلِكَ يَنْقَسِمُ أَقْسَامًا ثَلَاثَةً ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مُبَاحٍ لَا مَشَقَّةَ فِيهِ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَدْخُلِيَ الدَّارَ . أَوْ : تَلْبَسِي هَذَا الثَّوْبَ . أَوْ : حَتَّى أَتَنَفَّلَ بِصَوْمٍ يَوْمٍ . أَوْ : حَتَّى أَكْسُوَكَ . فَهَذَا لَيْسَ بِإِبِلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنُ الْوُجُودِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ / عَلَيْهَا فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ الَّذِي قَبْلَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مُحَرَّمٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَشْرَبِيَ الْخَمْرَ . أَوْ : تَزْنِي . أَوْ : تُسْقِطِي وَلَدَكَ . أَوْ : تَتْرَكِي صَلَاةَ الْفَرَضِ . أَوْ : حَتَّى أَقْتُلَ زَيْدًا . أَوْ نَحْوَهُ . فَهَذَا إِبِلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ بِمُتَنَبِّحٍ شَرْعًا ، فَاشْتَبَهَ الْمُتَنَبِّحَ حِسًّا . الثَّالِثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا عَلَى فَاعِلِهِ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تُسْقِطِي صَدَاقَكَ عَنِّي . أَوْ :

٦٠/٨ ظ

(٣٤) فِي ١ ، ب : « فَإِنَّهُ يَكُونُ » .

حتى تَكْفُلِي وَلَدِي . أو : تَهَيِّئِي دَارَكَ . أو : حتى يَسْعَى أَبوك دَارَهُ . أو : نحو (٣٥)
 ذلك . فهذا إِيْلَاءٌ ؛ لَأَنَّا أَخَذَهُ لِمَالِهَا أو مَالٍ غَيْرِهَا مِنْ غَيْرِ رِضَى صَاحِبِهِ مُحَرَّمٌ ، فَجَرَى
 مَجْرَى شَرْبِ الْحَمْرِ . وإن قال : والله لا أَطَاكَ حتى أُعْطِيَكَ مَالًا . أو : أَفْعَلُ فِي حَقِّكَ
 جَمِيلًا . لم يكن إِيْلَاءً ؛ لَأَنَّهُ فَعَلَهُ لِدَلَالَةِ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ وَلَا مُمْتَنِعٍ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِهِ :
 حتى أَصُومَ يَوْمًا .

فصل : وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . لم يكن مُوَلِّيًّا ؛ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ وَطْأَهَا
 بِغَيْرِ حَنْثٍ ، وَلَأَنَّهُ مُحْسِنٌ فِي كَوْنِهِ أَلَزَمَ نَفْسَهُ اجْتِنَابَ سَخَطِهَا . وعلى قِياسِ ذَلِكَ كُلِّ
 حَالٍ يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ فِيهَا بِغَيْرِ حَنْثٍ ، كَقَوْلِهِ : والله لا وَطِئْتُكَ مُكْرَهَةً ، أو مَحْزُونَةً . ونحو
 ذلك ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِّيًّا . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ مَرِيضَةً . لم يكن مُوَلِّيًّا لِذَلِكَ ، إِلَّا
 أَنْ يَكُونَ بِهَا مَرَضٌ لَا يُرْجَى بُرُؤُهُ ، أو لَا يَزُولُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُوَلِّيًّا ؛
 لَأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ لَهَا وَهِيَ صَحِيحَةٌ ، فَمَرَضَتْ
 مَرَضًا يُمَكِّنُ بُرُؤَهُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، لم يَصِرْ مُوَلِّيًّا ، وَإِنْ لم يُرَجَّ بُرُؤُهُ فِيهَا ، صَارَ مُوَلِّيًّا .
 وكذلك إِنْ كَانَ الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صَارَ مُوَلِّيًّا ؛ لَأَنَّهُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَا
 يُرْجَى زَوَالُهُ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ حَائِضًا . ولا نَفْسَاءً ، ولا مُحْرَمَةً ، ولا
 صَائِمَةً . ونحو هذا ، لم يكن مُوَلِّيًّا ؛ لَأَنَّهُ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ مَمْنُوعٌ مِنْهُ شَرْعًا ، فَقَدْ أَكَّدَ مَنَعَ
 نَفْسِهِ مِنْهُ بِمِيزَانِهِ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ طَاهِرًا . أو : لا وَطِئْتُكَ وَطْئًا مُبَاحًا . صَارَ
 مُوَلِّيًّا ؛ لَأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ فِي الْفَيْئَةِ ، فَكَانَ مُوَلِّيًّا ، كَمَا لَوْ قَالَ :
 والله لا وَطِئْتُكَ فِي قُبْلِكَ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ لَيْلًا . أو : والله لا وَطِئْتُكَ نَهَارًا . لم
 يكن مُوَلِّيًّا ؛ لَأَنَّهُ الْوَطْءُ يُمَكِّنُ بَدُونَ الْحَنْثِ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ .
 أو : فِي هَذَا الْبَيْتِ . أو نحو ذلك مِنَ الْأَمْكِنةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لم يكن مُوَلِّيًّا . وهذا قولُ الثَّوْرِيِّ ،
 وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ / ، وَالنُّعْمَانِ ، وَصَاحِبِيهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقُ : هُوَ

مُولٍ ؛ لِأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمَكِّنُ وَطْئَهَا بِغَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ اسْتَشْنَى فِي يَمِينِهِ .

فصل : وَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا عَامًّا ، ثُمَّ كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ ، انْحَلَّ الْإِيلَاءُ . قَالَ الْأَثَرُ : قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : الْمُوَلِيُّ يُكَفِّرُ عَنْ^(٣٦) يَمِينِهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ؟ قَالَ : يَذْهَبُ عَنْهُ الْإِيلَاءُ ، وَلَا يُوقَفُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٣٦) ، وَذَهَبَ الْإِيلَاءُ حِينَ ذَهَبَتِ الْيَمِينُ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَمْنُوعًا مِنَ الْوَطْءِ بِيَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ حَلَفَ وَاسْتَشْنَى . فَإِنْ كَانَ تَكْفِيرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، انْحَلَّ الْإِيلَاءُ حِينَ التَّكْفِيرِ ، وَصَارَ كَالْحَالِفِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَإِنْ كَفَّرَ^(٣٧) بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ وَقَبْلَ الْوَقْفِ^(٣٨) ، صَارَ كَالْحَالِفِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا ، إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ يَمِينِهِ قَبْلَ وَقْفِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ إِنْ شَاءَ فُلَانٌ . لَمْ يَصِرْ مُوَلِيًّا حَتَّى يَشَاءَ ، فَإِذَا شَاءَ صَارَ مُوَلِيًّا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُمْتَنِعًا مِنَ الْوَطْءِ حَتَّى يَشَاءَ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِيًّا حَتَّى يَشَاءَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ إِنْ شِئْتَ . فَكَذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ جَوَابًا لِكَلَامِهِ صَارَ مُوَلِيًّا ، وَإِنْ أَخَّرَتِ الْمَشِئَةَ ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَخْيِيرٌ لَهَا ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَقَوْلِهِ : اخْتَارِي فِي الطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَلَّقَ الْيَمِينَ عَلَى الْمَشِئَةِ بِحَرْفِ إِنْ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَمَشِئَةٍ غَيْرِهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا قُلْتُمْ : لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛ فَإِنَّهُ عَلَّقَ ذَلِكَ بِإِرَادَتِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَا وَطْئُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّهَا إِذَا شَاءَتْ ، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ مَانِعَةً مِنْ وَطْئِهَا ، بَحِثْ لَا يُمَكِّنُهُ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَطْءُ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِذَا قَالَ : وَاللَّهِ^(٣٩) لَا وَطْئُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . فَمَا حَلَفَ إِلَّا عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا فِي بَعْضِ

(٣٦) سقط من : أ .

(٣٧) في أ : « كَانَ » .

(٣٨) في ب ، م : « الْوَقْفُ » .

(٣٩) سقط من : ب .

الأحوال ، وهو حال سَخَطِهَا ، فَيُمْكِنُهُ الْوُطْءُ فِي الْحَالِ الْأُخْرَى بِغَيْرِ حَنْثٍ . وإذا طَالَبْتُهُ بِالْفَيْئَةِ ، فهو بِرِضَاها . ولو قال : والله لا وَطِئْتُكَ حتى تَشَائِي . فهو كَقَوْلِهِ : إِلَّا بِرِضَاكَ . ولا يَكُونُ مُوَلِّيًا بِذَلِكَ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ . أو : فَلَنْ . لم يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِفَعْلٍ مِنْهُ يُمَكِّنُ وُجُودَهُ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٤٠) إِمْكَانًا غَيْرَ بَعِيدٍ ، وليس بِمُحَرَّمٍ ، ولا فِيهِ مَضَرَّةٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : والله لا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ تَدْخُلِيَ الدَّارَ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ / تَشَائِي . لم يَكُنْ مُوَلِّيًا ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : إِلَّا بِرِضَاكَ . أو : حتى تَشَائِي . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ شَاءَتْ فِي الْمَجْلِسِ ، لم يَصِرْ^(٤١) مُوَلِّيًا ،^(٤٢) وَإِلَّا صَارَ مُوَلِّيًا^(٤٣) . وقال أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ عَقِيبَ كَلَامِهِ ، لم يَصِرْ مُوَلِّيًا ، وَإِلَّا صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْمَشِيعَةَ عَنْدهُمْ عَلَى الْفَوْرِ ، وَقَدْ فَاتَتْ بَتْرَاحِيهَا . وقال الْقَاضِي : تَنْعَقِدُ يَمِينُهُ ، فَإِنْ شَاءَتْ انْحَلَّتْ ، وَإِلَّا فَهِيَ مُنْعَقِدَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ بِيَمِينِهِ مِنْ وَطْئِهَا إِلَّا عِنْدَ إِرَادَتِهَا ،^(٤٤) فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِلَّا بِرِضَاكَ . أو : حتى تَشَائِي . وَلِأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى وُجُودِ الْمَشِيعَةِ^(٤٥) ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَّقَهُ عَلَى مَشِيعَةٍ غَيْرِهَا . فَأَمَّا قَوْلُ الْقَاضِي : فَإِنْ أَرَادَ وُجُودَ الْمَشِيعَةِ عَلَى الْفَوْرِ . فهو كَقَوْلِهِمْ . وَإِنْ أَرَادَ وُجُودَ الْمَشِيعَةِ عَلَى التَّرَاحِي ، تَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ ، لم يَكُنْ ذَلِكَ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَ الْيَمِينِ عَلَى فِعْلِ يُمْكِنُ وُجُودَهُ فِي مُدَّةِ^(٤٦) الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٤٧) ، إِمْكَانًا غَيْرَ بَعِيدٍ ، ليس بِإِيلَاءٍ . والله أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : والله لا وَطِئْتُكَ . فهو إِيلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يَقْتَضِي التَّائِيدَ . وَإِنْ قَالَ : والله لا وَطِئْتُكَ مُدَّةً . أو : لَيَطُولَنَّ تَرْكِي لِجَمَاعِكَ . وَتَوَى مُدَّةً تَزِيدُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ

(٤٠) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « أَشْهُر » .

(٤١) فِي ١ : « يَكُن » .

(٤٢-٤٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٣-٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل . نَقَلَ نَظْرَ .

(٤٤-٤٥) فِي ١ : « أَرْبَعَةُ أَشْهُر » .

أَشْهُرٍ ، فهو إيلاءٌ ؛ لَأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ ، فَأَنْصَرَفَ إِلَيْهِ بِنَيْتِهِ . وَإِنْ نَوَى مُدَّةً قَصِيرَةً ،
 لَمْ يَكُنْ إِيْلَاءً لِدَلَالِكَ . وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا ، لَمْ يَكُنْ إِيْلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ عَلَى الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ ، فَلَا
 يَتَعَيَّنُ لِلكَثِيرِ . فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ
 أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . أَوْ : فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ . أَوْ : لَا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ ،
 فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . فِيهِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : لَيْسَ بِمَوْلٍ ؛
 لِأَنَّهُ حَالِفٌ بِكُلِّ يَمِينٍ عَلَى مُدَّةٍ نَاقِصَةٍ عَنْ مُدَّةِ الْإِيْلَاءِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَنْوِ^(٤٥)
 إِلَّا مُدَّتَهَا ،^(٤٦) وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى كُلِّ يَمِينٍ عَقِيبَ مُدَّتِهَا^(٤٧) مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ
 فِيهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَيْهَا . وَالثَّانِي ، يَصِيرُ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ مِنَ الْوَطْءِ بِيَمِينِهِ
 أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مُتَوَالِيَةٍ ، فَكَانَ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ مَنَعَهَا بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ
 الْوَطْءُ بَعْدَ الْمُدَّةِ إِلَّا بِحَنْثٍ فِي يَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَوْ لَمْ
 يَكُنْ هَذَا إِيْلَاءً ، أَفْضَى إِلَى أَنْ يَمْتَنَعَ^(٤٧) مِنَ الْوَطْءِ طَوْلَ دَهْرِهِ بِالْيَمِينِ ، فَلَا يَكُونُ
 مُوَلِّيًا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مُدَّتَيْنِ مُتَوَالِيَتَيْنِ يَزِيدُ مَجْمُوعُهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، كَثَلَاثَةِ
 أَشْهُرٍ وَثَلَاثَةِ ، أَوْ ثَلَاثَةِ وَشَهْرَيْنِ ، لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّعْلِيلَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا
 يَلْزِمُهُ بِالْوَطْءِ حَقٌّ ، لَكِنْ إِنْ وَطِئَهَا صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُا تَبْقَى يَمِينًا تَمْنَعُ الْوَطْءَ عَلَى
 التَّأْيِيدِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . / وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ قَدِيمٍ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِّيًا^(٤٦) مِنْ
 الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ إِلَّا بِأَنْ يَصِيرَ مُوَلِّيًا^(٤٦) ، فَيَلْحَقُهُ بِالْوَطْءِ ضَرَرٌ . وَكَذَلِكَ
 عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، إِنْ قَالَ : وَطِئْتُكَ فَوَاللَّهِ لَا دَخَلْتُ الدَّارَ . يَكُونُ^(٤٨) مُوَلِّيًا مِنَ الْأَوَّلِ ،
 فَإِنْ وَطِئَهَا انْحَلَّ الْإِيْلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطِئِهَا بِيَمِينٍ وَلَا غَيْرِهَا ، وَإِنَّمَا

٦٢/٨ و

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَبْقَى » .

(٤٦-٤٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤٧) فِي أ ، م : « يَمْنَعُ » .

(٤٨) فِي أ ، ب ، م : « لَمْ يَكُنْ » .

بَقِيَ مُمْتَنِعًا بِالْيَمِينِ مِنْ دُخُولِ الدَّارِ . وَلَنَا ، أَنَّ يَمِينَهُ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطٍ ، ففِيمَا قَبْلَهُ لَيْسَ بِحَالِفٍ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ، وَلَأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوَطْءُ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقُلْ شَيْئًا . وَكَوْنُهُ يَصِيرُ مُوَلِّيًا ، لَا يُلْزِمُهُ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا يُلْزِمُهُ بِالْحَنْثِ . وَلَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا فِي الْحَالِ ؛ لِأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوَطْءُ مَتَى شَاءَ بِغَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مَمْنُوعًا مِنَ الوَطْءِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ ، فَإِذَا وَطِئَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صَارَ مُوَلِّيًا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَفِي (٤٩) قَوْلِهِ الْقَدِيمِ ، يَكُونُ مُوَلِّيًا فِي الْإِبْتِدَاءِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا . وَقَدْ أَجَبْنَا عَنْهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا . فَكَذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ مُنْكَرٌ ، فَلَمْ يَخْتَصْ يَوْمًا دُونَ يَوْمٍ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : صُمْتُ (٥٠) رَمَضَانَ إِلَّا يَوْمًا . لَمْ يَخْتَصْ الْيَوْمَ الْآخِرَ . وَلَوْ قَالَ : لَا أَكْلُمُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا يَوْمًا . لَمْ يَخْتَصْ يَوْمًا مِنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِيرُ مُوَلِّيًا فِي الْحَالِ . وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ الْمُسْتَتَنَّى يَكُونُ مِنْ آخِرِ الْمُدَّةِ ، كَالْتَأْجِيلِ وَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ : لَا وَطِئْتُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً ، فَإِنَّ الْمَرَّةَ لَا تَخْتَصُّ وَقْتًا بَعَيْنِهِ . وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ فَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ التَّأْجِيلِ وَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ التَّأْجِيلَ وَمُدَّةَ الْخِيَارِ ، تَجِبُ الْمَوَالَاةُ فِيهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَخَلَّلَهُمَا يَوْمٌ لَا أَجَلَ فِيهِ وَلَا خِيَارٍ ؛ لِأنَّهُ لَوْ جَارَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ فِي أَثْنَاءِ الْأَجْلِ ، لَزِمَ قَضَاءُ الدَّيْنِ ، فَيَسْقُطُ التَّأْجِيلُ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَلَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ فِي أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يَعُدْ إِلَى الْجَوَازِ ، فَتَعَيَّنَ جَعْلُ الْيَوْمِ الْمُسْتَتَنَّى مِنْ آخِرِ الْمُدَّةِ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ ، فَإِنَّ جَوَازَ الوَطْءِ فِي يَوْمٍ مِنْ أَوَّلِ السَّنَةِ أَوْ أَوْسَطِهَا ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتِ حُكْمِ الْيَمِينِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَقَوْلِهِ : لَا وَطِئْتُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . فَهُوَ إِيلَاءٌ

(٤٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥٠) سقط من : الأصل .

وَاحِدٌ ، حَلَفَ عَلَيْهِ يَمِينَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَتَوَى عَامًا آخَرَ سِوَاهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا / وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . دَخَلَتِ الْمُدَّةُ الْقَصِيرَةُ فِي الطَّوِيلَةِ ؛ لِأَنَّهَا بَعْضُهَا ، وَلَمْ يَجْعَلْ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، أَوْ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، فَيَكُونُ إِيلَاءً وَاحِدًا ، لهُمَا وَقْتُ وَاحِدٌ ، وَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ تَوَى بِإِحْدَى الْمُدَّتَيْنِ غَيْرِ الْأُخْرَى فِي هَذِهِ أَوْ فِي التَّى قَبْلَهَا ، أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا آخَرَ . أَوْ : نِصْفَ عَامٍ آخَرَ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ، فَإِذَا مَضَى فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . فَهُمَا إِيلَاءَانِ فِي زَمَانَيْنِ ، لَا يَدْخُلُ حُكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ، أَحَدُهُمَا مُنَجَّزٌ ، وَالْآخَرُ مُتَأَخِّرٌ ، فَإِذَا مَضَى حُكْمُ أَحَدِهِمَا ، بَقِيَ حُكْمُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِزَمَنٍ غَيْرِ زَمَنِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ حُكْمٌ يَنْفَرِدُ بِهِ . فَإِنْ قَالَ فِي الْمُحَرَّمِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ هَذَا الْعَامَ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ^(٥١) مِنْ رَجَبٍ إِلَى تَمَامِ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا . أَوْ قَالَ فِي الْمُحَرَّمِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ فِي رَجَبٍ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ^(٥٢) . فَهُمَا إِيلَاءَانِ فِي مُدَّتَيْنِ ، بَعْضُ إِحْدَاهُمَا دَاخِلٌ فِي الْأُخْرَى . فَإِنْ فَاءَ فِي رَجَبٍ ، أَوْ فِيمَا بَعْدَهُ مِنْ بَقِيَّةِ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَنِثَ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَتُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِيلَاءَيْنِ . وَإِنْ فَاءَ قَبْلَ رَجَبٍ ، أَوْ بَعْدَ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَنِثَ فِي إِحْدَى الْيَمِينَيْنِ دُونَ الْأُخْرَى . وَإِنْ فَاءَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، حَنِثَ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ : وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكُمْ . انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى أَصْلٍ ، وَهُوَ الْحَنِثُ بِفِعْلِ بَعْضِ الْمُحْلُوفِ عَلَيْهِ أَوَّلًا ، فَإِنْ قُلْنَا : يَحَنِثُ . فَهُوَ مُؤَلِّ مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ بِغَيْرِ حَنِثٍ ، فَصَارَ مَا نَعَا لِنَفْسِهِ مِنْ وَطْءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ ^(٥٣) وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، حَنِثَ ، وَانْحَلَّتْ يَمِينُهُ ، وَزَالَ الْإِيلَاءُ مِنَ الْبَوَاقِي . وَإِنْ طَلَّقَ بَعْضَهُنَّ ، أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَنْحَلَّ الْإِيلَاءُ فِي الْبَوَاقِي . وَإِنْ قُلْنَا : لَا

(٥١-٥٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥٢) في ١ : « فإذا » .

يَحْنَتُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا مِنْهُنَّ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ وَطْءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ نَفْسَهُ يَمِينَهُ مِنْ وَطْئِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا مِنْهَا . فَإِنْ وَطِئَ ثَلَاثًا ، صَارَ مُوَلِّيًا مِنَ الرَّابِعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْأُهَا مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ فِي يَمِينِهِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُنَّ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ، وَزَالَ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْنَتُ بِوَطْئِهَا ، وَإِنَّمَا يَحْنَتُ بِوَطْءِ الْأَرْبَعِ . فَإِنْ رَاجَعَ الْمُطَلَّقَةَ ، أَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ بَيْنُونَتِهَا ، عَادَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّا إِذَا قُلْنَا : يَحْنَتُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . فَوَطِئَ وَاحِدَةً ، حَنْثٌ / ، وَلَمْ يَنْحَلِّ الْإِيلَاءُ فِي الْبَوَاقِي ؛ لِأَنَّ الْإِيلَاءَ مِنْ امْرَأَةٍ لَا يَنْحَلُّ بِوَطْءِ غَيْرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ حَنْثٌ فِيهَا ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْحَلَّ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ، وَلَئِنَّهُ إِذَا وَطِئَ وَاحِدَةً حَنْثٌ ، وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، فَلَا يَلْزُمُهُ بِوَطْءِ الْبَاقِيَاتِ شَيْءٌ ، فَلَمْ يَتَّقِ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطْئِهَا بِحُكْمِ يَمِينِهِ ، فَانْحَلَّ الْإِيلَاءُ ، كَمَا لَوْ كَفَّرَهَا . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهُنَّ حَتَّى يَطْأَ ثَلَاثًا ، فَيَصِيرَ مُوَلِّيًا مِنَ الرَّابِعَةِ . وَحَكَى الْمُزْنِيُّ ، عَنِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ ، يُوقَفُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ، فَإِذَا أَصَابَ بَعْضُهُنَّ ، خَرَجَتْ مِنْ حُكْمِ الْإِيلَاءِ ، وَيُوقَفُ لِمَنْ بَقِيَ حَتَّى يَفِيءَ أَوْ يُطَلَّقَ ، وَلَا يَحْنَتُ حَتَّى يَطْأَ الْأَرْبَعِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ ، فَإِنْ تَرَكَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، بِنِّ مِنْهُ جَمِيعًا بِالْإِيلَاءِ ، وَإِنْ وَطِئَ بَعْضَهُنَّ^(٥٣) ، سَقَطَ الْإِيلَاءُ فِي حَقِّهَا ، وَلَا يَحْنَتُ إِلَّا بِوَطْئِهَا جَمِيعًا . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَا يَحْنَتُ بِوَطْئِهَا ، لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهَا ، كَالَّتِي لَمْ^(٥٤) يَخْلِفْ عَلَيْهَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ . وَنَوَى وَاحِدَةً بَعِينَهَا ، تَعَلَّقَتْ يَمِينُهُ بِهَا وَحْدَهَا ، وَصَارَ مُوَلِّيًا مِنْهَا دُونَ غَيْرِهَا . وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً مُبْهَمَةً مِنْهُنَّ^(٥٥) ، لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا مِنْهُنَّ فِي الْحَالِ ، فَإِذَا وَطِئَ ثَلَاثًا ، كَانَ مُوَلِّيًا مِنَ^(٥٦) الرَّابِعَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَخْرُجَ

(٥٣) فِي ب : « إِحْدَاهُنَّ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِنَّ » .

(٥٦) فِي ب : « فِي » .

المُولى منها بالقرعة ، كالطلاق إذا أوقعه في مُبَهَمَةٍ مِنْ نِسَائِهِ . وإنْ أَطْلَقَ ^(٥٧) ، صارَ مُولِيًا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إِلَّا بِالْحِنْثِ ، فَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، أَوْ مَائَتَ ، كَانَ مُولِيًا مِنَ الْبَوَاقِي . وَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، حِنْثَ وَانْحَلَّتْ يَمِينُهُ . وَسَقَطَ حُكْمُ الْإِيلَاءِ فِي الْبَاقِيَاتِ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ ، فَإِذَا حِنْثَ فِيهَا مَرَّةً ، لَمْ يَحْنَثْ مَرَّةً ثَانِيَةً . وَلَا يَبْقَى حُكْمُ الْيَمِينِ بَعْدَ حِنْثِهِ فِيهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ مَائَتَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَحْنَثْ ثُمَّ ، فَبَقِيَ حُكْمُ يَمِينِهِ فِي مَنْ بَقِيَ مِنْهُنَّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ إِذَا أَطْلَقَ ، كَانَ الْإِيلَاءُ فِي وَاحِدَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ . وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ تَنَاوَلَ وَاحِدَةً مُنْكَرَةً ، فَلَا يَقْتَضِي الْعُمُومَ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّنْكِرَ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ نَعْمٌ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ مَا أَتَّخَذَ صَاحِبَةً ﴾ ^(٥٨) . وَقَوْلِهِ : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴾ ^(٥٩) . وَقَوْلِهِ : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ ﴾ ^(٦٠) . وَلَوْ قَالَ إِنْسَانٌ : وَاللَّهِ لَا شَرِبْتُ مَاءً مِنْ إِدَاوَةٍ . حِنْثَ بِالشَّرْبِ مِنْ أَىِّ إِدَاوَةٍ كَانَتْ ، فَيَجِبُ حَمْلُ اللَّفْظِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى مُقْتَضَاهُ فِي الْعُمُومِ . وَإِنْ قَالَ : نَوَيْتُ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً ، أَوْ وَاحِدَةً مُبَهَمَةً . قَبْلَ / مِنْهُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ اخْتِمَالًا غَيْرَ بَعِيدٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَبْهَمَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهَا ، فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَهَا بِقَوْلِهِ . وَأَصْلُ هَذَا مَذْكُورٌ فِي الطَّلَاقِ .

ظ ٦٣/٨

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ . صارَ مُولِيًا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي الْحَالِ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ : نَوَيْتُ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ مُعَيَّنَةً ، وَلَا مُبَهَمَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ كُلُّ أَزَالَتِ اخْتِمَالِ الْخُصُوصِ ، وَمَتَى حِنْثَ فِي الْبَعْضِ ، انْحَلَّ الْإِيلَاءُ فِي الْجَمِيعِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا .

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : « طَلَّقَ » .

(٥٨) سُورَةُ الْجِنِّ ٣ . وَفِي النُّسخِ : « وَلَمْ يَتَّخِذْ صَاحِبَةً » .

(٥٩) سُورَةُ الْإِحْلَاصِ ٤ .

(٦٠) سُورَةُ النُّورِ ٤٠ .

وقال القاضي ، وبعض أصحاب الشافعي : لا تنحل في الباقيات . ولنا ، أنها يمين^(٦١) واحدة حنث فيها ، فسقط حكمها ، كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة ، لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى ، فلم يبق ممتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين ، فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التي حنث فيها ، وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه^(٦٢) مؤلياً منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة ، وقف لهن كلهن ، وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن . قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد . والثانية ، يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها . اختاره أبو بكر . وهو مذهب الشافعي ، فإذا وقف للأولى^(٦٣) ، وقف للثانية ، فإن طلقها ، وقف للثالثة ، فإن طلقها ، وقف للرابعة . وكذلك من مات منهن ، لم يمنع من وقفه للأخرى ؛ لأن يمينه لم تنحل ، وإيلأه باق ؛ لعدم حنثه فيهن . وإن وطئ إحداهن حين وقف لها ، أو قبله ، انحلت يمينه ، وسقط حكم الإيلاء في الباقيات ، على ما قلناه . وعلى قول القاضي ، ومن وافقه : يوقف للباقيات ، كما لو طلق التي وقف لها .

فصل : فإن قال : كلما وطئت واحدة منكن فضرأثرها طوالق . فإن قلنا : ليس هذا بإيلاء . فلا كلام . وإن قلنا : هو إيلاء . فهو مؤل منهن جميعاً ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرأثرها ، فيوقف لهن ، فإن فاء إلى واحدة ، طلق ضرأثرها ، فإن كان الطلاق بائناً ، انحلت الإيلاء^(٦٤) ؛ لأنه لم يبق ممنوعاً من وطئها بحكم يمينه . وإن كان رجعيًا ، فراجعهن ، بقي حكم الإيلاء في حقهن ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة

(٦١) في الأصل : « يمينه » .

(٦٢) في الأصل : « يكون » .

(٦٣) في م زيادة : « وطلقها » .

(٦٤) في ب زيادة : « في حقهن » .

إِلَّا بِطَلَاقِ ضَرَائِرِهَا . وكذلك إِنْ رَاجَعَ بَعْضُهُنَّ لَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّ الْمُدَّةَ تُسْتَأْنَفُ مِنْ حِينِ الرَّجْعَةِ . وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فَعَادَ فَتَزَوَّجَهُنَّ ، أَوْ تَزَوَّجَ بَعْضُهُنَّ ، عَادَ حُكْمُ الْإِيلَاءِ ، وَاسْتَوْفِيَتِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينِ النِّكَاحِ . وَسَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فِي الْعِدَّةِ ، أَوْ / بَعْدَهَا ، أَوْ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَإِصَابَةٍ ؛ لَمَا سَنَدَكُرُهُ فِيمَا بَعْدُ . وَإِنْ قَالَ : نَوَيْتُ وَاحِدَةً بَعَيْنِهَا . قَبْلَ مِنْهُ ، وَتَعَلَّقْتُ يَمِينُهُ بِهَا ، فَإِذَا وَطَّئَهَا طَلَّقَ ضَرَائِرَهَا ، وَإِنْ وَطَّئَ غَيْرَهَا ، لَمْ يَطْلُقْ مِنْهُنَّ شَيْءٌ ، وَيَكُونُ مُوَلِيًّا مِنْ^(٦٥) الْمُعَيَّنَةِ دُونَ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي يَلْزَمُهُ بَوَاطِنُهَا الطَّلَاقُ دُونَ غَيْرِهَا .

٦٤/٨ و

فصل : الشرط الثالث ، أن يحلف على ترك الوطء في الفرج . ولو قال : والله لا وطئتُكِ في الدُّبُرِ . لم يكن مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْرِكِ الْوُطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَلَا تَتَضَرَّرُ الْمَرْأَةُ بِتَرْكِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، وَقَدْ أَكَّدَ مَنَعَ نَفْسِهِ مِنْهُ بِيَمِينِهِ . وَإِنْ قَالَ : والله^(٦٦) لا وطئتُكِ دُونَ الْفَرْجِ . لم يكن مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى الْوُطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ فِي الْفَيْئَةِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْمَرْأَةِ فِي تَرْكِهِ . وَإِنْ قَالَ : والله لا جِامَعْتُكِ إِلَّا جِمَاعَ سَوْءٍ . سُئِلَ عَمَّا أَرَادَ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الْجِمَاعَ فِي الدُّبُرِ . فَهُوَ مُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ فِي الْفَرْجِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنْ لَا أَطَّأَهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ جِمَاعًا ضَعِيفًا ، لَا يَزِيدُ عَلَى التِّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ . لم يكن مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ فِي الْفَيْئَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ وَطْئًا لَا يَبْلُغُ التِّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ . فَهُوَ مُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ فِي الْفَيْئَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَلَيْسَ بِمُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَمِلٌ ، فَلَا يَتَّعَيْنُ مَا يَكُونُ بِهِ مُوَلِيًّا . وَإِنْ قَالَ : والله لا جِامَعْتُكِ جِمَاعَ سَوْءٍ . لم يكن مُوَلِيًّا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ ، إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ صِفَتِهِ الْمَكْرُوهَةِ .

فصل : الشرط الرابع ، أن يكون المخلوف عليها امرأة ؛ لقول الله تعالى :

(٦٥) في ب : (في) .

(٦٦) لم يرد في : م .

﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (٦٧) . وَلَئِنْ غَيْرَ الزَّوْجَةِ لَا حَقَّ لَهَا فِي وَطْئِهِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهَا ، كَالْأَجْنَبِيِّ . فَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْئِ أُمَّتِهِ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْئِ أَجْنَبِيَّةٍ ، ثُمَّ نَكَحَهَا ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَصِيرُ مُوَلِّيًا إِذَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ يَمِينِهِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِنْ وَطْئِ امْرَأَتِهِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ ، فَكَانَ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ حَلَفَ فِي الزَّوْجِيَّةِ . وَحُكِيَ عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ إِنْ مَرَّتْ بِهِ امْرَأَةٌ ، فَحَلَفَ أَنْ لَا يَقْرَبَهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةً ، فَوَاللَّهِ لَا قَرَبَتُهَا . صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَفَ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا (٦٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ . وَهَذِهِ لَيْسَتْ مِنْ نِسَائِهِ ، وَلَئِنْ الْإِيلَاءُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ ، فَلَمْ يَتَقَدَّمْهُ كَالطَّلَاقِ وَالْقَسَمِ ، وَلَئِنْ الْمُدَّةُ تُضْرَبُ لَهُ لِقَصْدِهِ الْإِضْرَارَ بِهَا بِيَمِينِهِ ، وَإِذَا كَانَتِ الْيَمِينُ قَبْلَ النِّكَاحِ ، لَمْ يَكُنْ قَاصِدًا لِلْإِضْرَارِ ، فَأَشْبَهَ الْمُمْتَنِعَ بِغَيْرِ يَمِينٍ . قَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : يَصِحُّ الظُّهَارُ قَبْلَ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ . فَعَلَى هَذَا التَّعْلِيلِ يَصِحُّ الْإِيلَاءُ قَبْلَ النِّكَاحِ . وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

٦٤/٨ ظ

فصل : فَإِنْ آلَى مِنَ الرَّجْعِيَّةِ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقْطَعُ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ إِذَا طَرَأَ ، فَلَا يُنْتَعِ صِحَّتُهُ ابْتِدَاءً أَوَّلَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا زَوْجَةٌ (٦٩) يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ إِيْلَاؤُهُ مِنْهَا ، كَغَيْرِ الْمُطَلَّاقَةِ . وَإِذَا آلَى مِنْهَا احْتَسَبَ الْمُدَّةَ (٧٠) .

(٦٧) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٦٨) في م : « تزويجها » .

(٦٩) في ب : « زوجته » .

(٧٠) في ب ، م : « بالمدّة » .

مِنْ حِينَ آلَى^(٧١) ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ أَنْ لَا يُحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ إِلَّا مِنْ حِينَ رَاجَعَهَا ، لِأَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ أَنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُحَرَّمَةٌ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَتْ الْبَائِنَ ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ إِذَا طَرَأَ قَطَعَ الْمُدَّةَ ، ثُمَّ لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ قَبْلَ رَجْعَتِهَا ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا يَسْتَأْنِفَ الْمُدَّةَ فِي الْعِدَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ مَنْ صَحَّ إِيْلَاؤُهُ ، اخْتُسِبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ مِنْ حِينَ إِيْلَائِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مُطْلَقَةً^(٧٢) ، وَلِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ ، فَاخْتُسِبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ فِيهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يُطْلَقْهَا^(٧٣) . وَفَارَقَ الْبَائِنَ ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً ، وَلَا يَصِحُّ الْإِيْلَاءُ مِنْهَا^(٧٤) بِحَالٍ ، فَهِيَ كَسَائِرِ الْأَجْنَبِيَّاتِ .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِيْلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، مُسْلِمَةٍ كَانَتْ أَوْ ذِمِّيَّةً ، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَةٌ ، فَصَحَّ الْإِيْلَاءُ مِنْهَا كَالْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ . وَيَصِحُّ الْإِيْلَاءُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ . وَهَذَا قَالَ النَّحْعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ : إِنَّمَا يَصِحُّ^(٧٥) الْإِيْلَاءُ بَعْدَ الدُّخُولِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ وَالْمَعْنَى ، وَلِأَنَّهُ^(٧٥) مُمْتَنِعٌ مِنْ جَمَاعِ زَوْجَتِهِ بِيَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا بَعْدَ الدُّخُولِ . وَيَصِحُّ الْإِيْلَاءُ مِنَ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ فِي الصَّغِيرِ وَالْجُنُونِ ؛ لِأَنَّهُمَا / لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْمُطَالَبَةِ . فَأَمَّا الرِّقَاءُ وَالْقَرَنَاءُ ، فَلَا يَصِحُّ الْإِيْلَاءُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ مُتَعَذِّرٌ دَائِمًا ، فَلَمْ تَنْعَقِدِ الْيَمِينُ عَلَى تَرْكِهِ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَصْعَدُ السَّمَاءَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَتُضْرَبَ لَهُ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا ، فَهِيَ كَالْمَرِيضَةِ . فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَفِيَءَ فَيْئَةً

و ٦٥/٨

(٧١) فِي أ : « الْإِيْلَاءُ » .

(٧٢-٧٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٧٣) فِي م : « وَمِنْهَا » .

(٧٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(٧٥) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : أ ، ب ، م .

الْمَعْذُورِ ؛ لِأَنَّ الْفَيْئَةَ بِالْوَطْءِ فِي حَقِّهَا مُتَعَذِّرَةٌ ، فَلَا تُمَكِّنُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ، فَأُشْبِهَ
الْمَجْبُوبَ .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلِّفٍ قَادِرٍ عَلَى الْوَطْءِ . وَأَمَّا الصَّبِيُّ
وَالْمَجْنُونُ ، فَلَا يَصِحُّ إِيْلَاؤُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْقَلَمَ مَرْفُوعٌ عَنْهُمَا ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ تَجِبُ بِمُخَالَفَتِهِ
كَفَّارَةٌ أَوْ حَقٌّ ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ مِنْهُمَا كَالْتَنْذِيرِ . وَأَمَّا الْعَاجِزُ عَنِ الْوَطْءِ ، فَإِنْ كَانَ لِعَارِضٍ ^(٧٦)
مَرْجُوٌّ زَوَالُهُ كَالْمَرْضَى وَالْحَبْسِ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ ، فَصَحَّ مِنْهُ
الِامْتِنَاعُ مِنْهُ ^(٧٧) ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْجُوٍّ الزَّوَالِ كَالجَبِّ وَالشَّلَلِ ، لَمْ يَصِحَّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهَا
يَمِينٌ عَلَى تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ ، فَلَمْ تَنْعَقِدْ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَقْلِبَ الْحِجَارَةَ ذَهَبًا ، وَلِأَنَّ
الِإِيلَاءَ الْيَمِينِ الْمَانِعَةَ مِنَ الْوَطْءِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُهُ يَمِينُهُ ، فَإِنَّهُ مُتَعَذِّرٌ مِنْهُ ، وَلَا تَضُرُّ الْمَرْأَةَ
يَمِينُهُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْإِيلَاءُ مِنْهُ قِيَاسًا عَلَى الْعَاجِزِ بِمَرْضٍ أَوْ
حَبْسٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَأَمَّا الْحَصِيُّ الَّذِي
سَلَّتْ بَيْضَتَاهُ ، أَوْ رُضَّتْ ، فَيُمْكِنُ مِنَ الْوَطْءِ ، وَيَنْزِلُ مَاءٌ رَقِيقًا ، فَيَصِحُّ إِيْلَاؤُهُ .
وكَذَلِكَ الْمَجْبُوبُ الَّذِي بَقِيَ مِنْ ذَكَرِهِ مَا يُمَكِّنُ الْجِمَاعَ بِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ إِيلَاءُ الذَّمِّ وَيَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ إِذَا تَقَاضَوْا إِلَيْنَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَإِنْ أَسْلَمَ ، لَمْ يَنْقَطِعْ حُكْمُ إِيْلَائِهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ
أَسْلَمَ ، سَقَطَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛
لِأَنَّهُ لَا يَحْنُثُ إِذَا جَامَعَ ، لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُكَلِّفٍ ، وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ بِطَلَاقٍ أَوْ عِتَاقٍ ، فَهُوَ
مُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ عِتْقُهُ وَطَلَاقُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ
أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . وَلِأَنَّهُ مَانِعٌ نَفْسَهُ بِالْيَمِينِ مِنْ جِمَاعِهَا ، فَكَانَ مُوَلِيًّا كَالْمُسْلِمِ ،

(٧٦) فِي ١ ، ب : د الْعَارِضُ .

(٧٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

وَلَأَنَّ^(٧٨) مَنْ صَحَّ طَلَّاقُهُ ، صَحَّ إِيلَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَمَنْ صَحَّتْ يَمِينُهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، صَحَّ إِيلَاؤُهُ كَالْمُسْلِمِ .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ في الإيلاءِ الغَضَبُ ، ولا قَصْدُ الإضرارِ . رَوَى ذلك عن ابن مسعود . وبه قال الثوري ، والشافعي ، وأهل العراق ، وابن المنذر . / وروى عن علي رضي الله عنه : ليس في إصلاح إيلاء^(٧٩) . وعن ابن عباس ، قال : إنما الإيلاءُ في الغَضَبِ^(٨٠) . ونحو ذلك عن الحسن ، والنخعي ، وقتادة . وقال مالك ، والأوزاعي ، وأبو عبيد : مَنْ حَلَفَ لا يَطْأُ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَقْطَعَ وَلَدَهُ ، لا يَكُونُ إِيلَاءً ، إِذَا أَرَادَ الإِصْلَاحَ لَوَلَدِهِ . ولنا ، عُمُومُ الآيَةِ ، ولأنَّه مانع^(٨١) نَفْسَهُ عَنْ^(٨٢) جَمَاعِهَا بِيَمِينِهِ ، فَكَانَ مُوَلِّيًا ، كَحَالِ الغَضَبِ ، يُحَقِّقُهُ^(٨٢) أَنَّ حُكْمَ الإِيلَاءِ يَثْبُتُ لِحَقِّ الزَّوْجَةِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ سَوَاءٌ قَصَدَ الإِضْرَارَ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ ، كاستيفاء ديونها ، وإثلاف مالها ، ولأنَّ الطَّلَاقَ والظُّهَارَ وسائرَ الأيمانِ سَوَاءٌ في الغَضَبِ والرَّضَى ، فَكَذَلِكَ الإِيلَاءُ ، وَلأنَّ حُكْمَ اليمينِ في الكُفَّارَةِ وغيرها سَوَاءٌ في الغَضَبِ والرَّضَى ، فَكَذَلِكَ في الإِيلَاءِ . وأما إِذَا حَلَفَ أَنْ لا يَطْأَهَا حَتَّى تَقْطَعَ وَلَدَهُ ، فَإِنْ أَرَادَ وَقْتَ الْفِطَامِ ، وَكَانَتْ مُدَّتُهُ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَهُوَ مُوَلٍ ، وَإِنْ أَرَادَ فِعْلَ الْفِطَامِ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ قَبْلَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، وَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ ، وَلَا فِيهِ تَفْوِيتُ حَقِّهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، كَمَا لو حَلَفَ لا يَطْأَهَا حَتَّى تَدْخُلَ الدَّارَ .

فصل : في الألفاظ التي يكون بها مؤلِّيًا ، وهي ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، ما هو صريح

(٧٨) في الأصل ، م : « ولأنه » .

(٧٩) أخرج نحوه البيهقي ، في : باب الإيلاء في الغضب ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨١ ، ٣٨٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : الإيلاء في الرضى والغضب ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٤١ .

(٨٠) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٥ .

(٨١-٨٢) في ١ : « لنفسه من » .

(٨٢) في ب ، م : « بحقه » .

في الحُكْمِ والباطِنِ جميعًا ، وهي ^(٨٣) ثَلَاثَةُ الْفَاضِ ؛ قَوْلُهُ : وَاللَّهُ لَا أَنْيَكُكَ ^(٨٤) ، وَلَا أَدْخُلُ ، وَلَا أُغَيَّبُ أَوْ أُوَلَّجُ ذَكَرِي فِي فَرْجِكَ . وَلَا اقْتَضَضْتُكَ . لِلْبِكْرِ نَحَاصَّةً ، فَهَذِهِ صَرِيحَةٌ ، وَلَا يَدِينُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ غَيْرَ الْإِيلَاءِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، صَرِيحٌ ^(٨٥) فِي الْحُكْمِ ، وَيَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهِيَ عَشْرَةُ الْفَاضِ : لَا وَطِئْتُكَ ، وَلَا بَجَامَعْتُكَ ، وَلَا أَصَبْتُكَ ، وَلَا بَاشَرْتُكَ ، وَلَا مَسَسْتُكَ ، وَلَا قَرُبْتُكَ ، وَلَا أَتَيْتُكَ ، وَلَا بَاضَعْتُكَ ، وَلَا بَاعَلْتُكَ ، وَلَا اغْتَسَلْتُ مِنْكَ . فَهَذِهِ صَرِيحَةٌ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْعُرْفِ فِي الْوَطْءِ . وَقَدْ وَرَدَ الْقُرْآنُ بَعْضُهَا فَقَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ﴾ ^(٨٦) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ ^(٨٧) . وَأَمَّا الْجِمَاعُ وَالْوَطْءُ ، فَهُمَا أَشْهُرُ الْآفَاضِ فِي الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَوْ قَالَ : أَرَدْتُ بِالْوَطْءِ الْوَطْءَ بِالْقَدَمِ ، وَبِالْجِمَاعِ ^(٨٨) اجْتِمَاعَ الْأَجْسَامِ ^(٨٩) ، وَبِالْإِصَابَةِ الْإِصَابَةَ بِالْيَدِ . دِينَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمْ يُقَبَّلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ / وَالْعُرْفِ . وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيمَا عَدَا الْوَطْءَ وَالْجِمَاعَ مِنْ هَذِهِ الْآفَاضِ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي غَيْرِ الْجِمَاعِ . وَقَالَ فِي : لَا بَاضَعْتُكَ : لَيْسَ بِصَرِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنَ التَّقَاءِ الْبُضْعَتَيْنِ ، الْبُضْعَةُ مِنَ الْبَدَنِ بِالْبُضْعَةِ مِنْهُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّْي » ^(٩٠) . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْوَطْءِ عُرْفًا ، وَقَدْ وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ وَالسُّنَّةُ ، فَكَانَ

٦٦/٨ و

(٨٣) في م : « وهو » .

(٨٤) في الأصل ، ا ، م : « آتيك » .

(٨٥) في م : « تصریح » .

(٨٦) سورة البقرة ٢٢٢ .

(٨٧) سورة البقرة ١٨٧ .

(٨٨) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٨٩-٨٩) في الأصل : « الاجتماع بالأجسام » .

(٩٠) أخرجه البخاري ، في : باب مناقب قرابة رسول الله ﷺ ومنقبه فاطمة ، وباب ذكر أصحاب النبي ، وباب مناقب فاطمة عليها السلام ، من كتاب فضائل الصحابة وفي : باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف ، من =

صَرِيحًا ، كَلَفِظَ الْوَطْءَ وَالْجِمَاعَ ، وَكَوْنُهُ حَقِيقَةً فِي غَيْرِ الْجِمَاعِ يَبْطُلُ بِلَفْظَةِ الْوَطْءِ وَالْجِمَاعِ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : فَارْقُتْكَ ، وَسَرَّخْتُكَ . فِي أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : هِيَ صَرِيحَةٌ فِي الطَّلَاقِ ، مَعَ كَوْنِهَا حَقِيقَةً فِي غَيْرِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُهُ : بَاضَعْتُكَ . فَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْبُضْعِ ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ هَذَا اللَّفْظُ فِي غَيْرِ الْوَطْءِ ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يَكُونَ صَرِيحًا مِنْ سَائِرِ الْأَلْفَاظِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَا لَا يَكُونُ إِبْلَاءً إِلَّا بِالنِّيَّةِ ، وَهُوَ مَا عَدَا هَذِهِ الْأَلْفَاظَ ، مِمَّا يَحْتَمِلُ الْجِمَاعَ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكَ شَيْءٌ . لَا سَاقَفَ رَأْسِي رَأْسَكَ . لَأَسْوَأَنَّكَ . لَأَغِيظَنَّكَ . لَتَطُولَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . لَا مَسَّ جِلْدِي جِلْدَكَ . لَا قَرَبْتُ فِرَاشَكَ . لَا آوَيْتُ مَعَكَ . لَا نِمْتُ عِنْدَكَ . فَهَذِهِ إِنْ أَرَادَ بِهَا الْجِمَاعَ ، وَاعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، كَانَ مُوَلِّيًا ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ لَيْسَتْ ظَاهِرَةً فِي الْجِمَاعِ ، كَظُهُورِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَلَمْ يَرِدِ النَّصُّ بِاسْتِعْمَالِهَا فِيهِ ، إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ ^(٩١) مُنْقَسِمَةٌ إِلَى مَا يَفْتَقِرُ فِيهِ إِلَى نِيَّةِ الْجِمَاعِ وَالْمُدَّةِ مَعًا ، وَهِيَ قَوْلُهُ : لَأَسْوَأَنَّكَ ، وَلَأَغِيظَنَّكَ ، وَلَتَطُولَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا حَتَّى يَنْوِيَ تَرْكَ الْجِمَاعِ فِي مُدَّةٍ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ غِيظَهَا يَكُونُ بِتَرْكِ الْجِمَاعِ فِيْمَا دُونَ ذَلِكَ ^(٩٢) ، وَفِي سَائِرِ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ يَكُونُ مُوَلِّيًا بِنِيَّةِ الْجِمَاعِ فَقَطْ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَيَطُولَنَّ تَرْكِي لَجِمَاعِكَ ، أَوْ لَوَطْئَتِكَ ، أَوْ لِإِصَابَتِكَ . فَهَذَا صَرِيحٌ فِي تَرْكِ الْجِمَاعِ ، وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْمُدَّةِ دُونَ نِيَّةِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا جَمَاعَتَكَ إِلَّا جَمَاعًا ضَعِيفًا . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ جَمَاعًا لَا يَبْلُغُ التَّقَاءَ الْخِتَائِينَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَدْخَلْتُ جَمِيعَ

= كِتَابُ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٥ / ٢٦ ، ٢٨ ، ٣٦ ، ٧ / ٤٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فَضَائِلِ فَاطِمَةَ بِنْتِ النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الصَّحَابَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٤ / ١٩٠٢ ، ١٩٠٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا يَكْرَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا مِنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٧٨ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ فَاطِمَةَ بِنْتِ مُحَمَّدٍ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٣ / ٢٤٦ ، ٢٤٧ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْغِيَرَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ١ / ٦٤٣ ، ٦٤٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٣٢٦ ، ٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ يَعْتَقُ بِالْمَلِكِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

(٩١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩٢) فِي ب : هَذَا الْفَرْجُ .

ذَكَرِي فِي فَرْجِكَ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْفَيْئَةُ ، يَحْصُلُ بِدُونِ إِيلَاجِ
جَمِيعِ الذَّكَرِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَوْلَجْتُ حَشَفَتِي فِي / فَرْجِكَ . كَانَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْفَيْئَةَ
لَا تَحْصُلُ بِدُونِ ذَلِكَ .

فصل : وإذا^(٩٣) قَالَ لِإِحْدَى زَوْجَتَيْهِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى :
أَشْرَكَتُكَ مَعَهَا . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا مِنَ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ بِاللَّهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ صَرِيحٍ مِنْ
اسْمٍ أَوْ صِفَةٍ ، وَالتَّشْرِيكُ بَيْنَهُمَا كِنَايَةٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ بِهِ الْيَمِينُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَكُونُ
مُوَلِّيًا^(٩٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى : أَشْرَكَتُكَ
مَعَهَا . وَتَوَى^(٩٤) ، فَقَدْ صَارَ طَلَاقُ الثَّانِيَةِ مُعَلَّقًا عَلَى وَطِئِهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَصِحُّ
بِالْكِنَايَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ ذَلِكَ إِيلَاءٌ فِي الْأَوَّلَى . صَارَ إِيلَاءٌ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ فِي
مَعْنَاهَا ، وَإِلَّا فَلَيْسَ بِإِيلَاءٍ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَكَذَلِكَ لَوْ آلَى رَجُلٌ مِنْ زَوْجَتَيْهِ ، فَقَالَ آخَرُ
لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ مِثْلُ فُلَانَةٍ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : هُوَ مُوَلٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْقَسَمِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ^(٩٥) يُشَبِّهْهَا بِهَا .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ بِكُلِّ لُغَةٍ مِنَ الْعَجَمِيَّةِ وَغَيْرِهَا ، مِمَّنْ يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ ، وَمِمَّنْ
لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَنْعَقِدُ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَتَجِبُ بِهَا الْكَفَّارَةُ . وَالْمُؤَلَّى هُوَ الْحَالِفُ بِاللَّهِ
عَلَى تَرْكِ وَطْءِ زَوْجَتِهِ ، الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ بِيَمِينِهِ . فَإِنْ آلَى بِالْعَجَمِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ،
وَهُوَ لَا يَذَرِي مَعْنَاهَا ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، وَإِنْ تَوَى مُوجِبَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا
آلَى بِالْعَرَبِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ قَصْدُ الْإِيلَاءِ بِلَفْظٍ لَا يَذَرِي مَعْنَاهُ . فَإِنْ
اِخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَعْرِفَتِهِ بِذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُتَكَلِّمًا بِغَيْرِ لِسَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
عَدَمُ مَعْرِفَتِهِ بِهَا . فَأَمَّا إِنْ آلَى الْعَرَبِيُّ بِالْعَرَبِيَّةِ ، ثُمَّ قَالَ : جَرَى عَلَى لِسَانِي مِنْ غَيْرِ

(٩٣) فِي ب ، م : « وَإِنْ » .

(٩٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

قَصْدُ . أو قال ذلك الْعَجَمِيُّ فِي إِيْلَائِهِ بِالْعَجَمِيَّةِ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ .

فصل : ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواءً، ولا فرق بين الحرّة والأمة ، والمسلمة والذمّية ، والصغيرة والكبيرة ، في ظاهر المذهب . وهو قول الشافعي ، وابن المنذر . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أن مدة إيلاء العبيد شهران . وهو اختيار أبي بكر . وقول عطاء ، والزهرى ، ومالك ، وإسحاق ؛ لأنهم على النصف في الطلاق ، وعدد المنكوحات ، فكذا في مدة الإيلاء . وقال الحسن ، والشعبي : إيلاؤه من الأمة شهران ، ومن الحرّة أربعة . وقال الشعبي : إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرّة . وهذا قول أبي حنيفة ؛ لأن ذلك تعلق به البيئونة عنده ، فاختلف^(٩٦) بالرق والحرية كالطلاق ، ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج ، فوجب أن / يختلف برق المرأة وحرّيتها ، كمدة العدة . ولنا ، عموم الآية ، ولأنها مدة ضربت للوطء ، فاستوى فيها الرق والحرية ، كمدة العنة ، ولا نسلم أن البيئونة تعلق بها ، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ، ويخالف مدة العدة ؛ لأن العدة مبنية على الكمال ، بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرّة أكثر ، وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الأمة ، والحق على الحرّ في الاستمتاع أكثر منه على العبد ، فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه .

و ٦٧/٨

١٢٩٩ - مسألة ؛ قال : (فإذا مضت أربعة أشهر ، ورافعته ، أمر بالفيئة^(١) ، والفيئة الجماع)

وجملة ذلك أن المولى يتربّص أربعة أشهر ، كما أمر الله تعالى ، ولا يطالب بالوطء^(٢)

(٩٦) في ب ، م : « واختلف » .

(١) في ب ، م : « الفيئة » .

(٢) سقط من : م .

فِيهِنَّ ، إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَرَافَعَتْهُ امْرَأَتُهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَقَفَّه ، وَأَمَرَهُ بِالْفَيْعَةِ ، فَإِنْ
أَبَى أَمْرَهُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَا تَطْلُقُ زَوْجَتُهُ بِنَفْسِ مُضِيِّ الْمُدَّةِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الْإِيلَاءِ : يُوقَفُ ،
عَنِ الْأَكَابِرِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ عَنْ عَمْرِو شَيْءٍ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، وَعَنْ عُثْمَانَ ،
وَعَلَى ، وَجَعَلَ يُثَبِّتُ حَدِيثَ عَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ عَمَرَ ، وَعَائِشَةُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي
الدَّرْدَاءِ . وَقَالَ سَلِيمَانُ بْنُ يُسَارٍ : كَانَ تِسْعَةَ عَشَرَ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ ﷺ
يُوقَفُونَ فِي الْإِيلَاءِ ^(٣) . وَقَالَ سُهَيْلُ بْنُ أَبِي صَالِحٍ : سَأَلْتُ اثْنَيْ عَشَرَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ
ﷺ ، فَكُلُّهُمْ يَقُولُ : لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، حَتَّى يَمْضِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، فَيُوقَفُ ، فَإِنْ فَاءَ ،
وَلَا طَلَّقَ ^(٤) . وَهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعُرْوَةُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَمَالِكٌ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَابْنُ
عَبَّاسٍ ، وَعِكْرَمَةُ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَقُبَيْصَةُ ،
وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، فَهِيَ
تَطْلِيقٌ بَائِنَةٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ ، وَعَلَى ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ
عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَمَكْحُولٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، تَطْلِيقٌ رَجْعِيٌّ . وَيُحْكَمُ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ كَانَ
يَقْرَأُ : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا ﴾ فِيهِنَّ ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٥) . وَلِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضَرِبَتْ
لِاسْتِدْعَاءِ الْفِعْلِ مِنْهُ ، فَكَانَ ذَلِكَ فِي الْمُدَّةِ كَمُدَّةِ الْعِنَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ
يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ . وَظَاهِرُ

(٣) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالْإِيلَاءِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٤ / ٦١ ، ٦٢ . وَابْيَهَقِيَ ،
فِي : بَابٍ مِنْ قَالَ : يُوقَفُ الْمَوْلَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيلَاءِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ٣٧٦ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، فِي : الْبَابِ
الثَّانِي فِي الْإِيلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُسْنَدُ ٢ / ٤٢ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابٍ مِنْ قَالَ : يُوقَفُ الْمَوْلَى عِنْدَ
الرَّابِعَةِ الْأَشْهُرِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٢ / ٣٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابٍ فِي الْمَوْلَى يُوقَفُ ، مِنْ كِتَابِ
الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٥ / ١٣٢ .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالْإِيلَاءِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٤ / ٦١ . وَابْيَهَقِيَ ، فِي : بَابٍ
مِنْ قَالَ : يُوقَفُ الْمَوْلَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيلَاءِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ٣٧٧ .

(٥) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٦ .

ذلك أن الفَيْئَةَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِذِكْرِهَا الْفَيْئَةَ بَعْدَهَا بِالْفَاءِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلتَّعْقِيبِ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٦) . وَلَوْ وَقَعَ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى عَزْمٍ عَلَيْهِ ، وَقَوْلُهُ : ﴿ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ يَقْتَضِي أَنَّ الطَّلَاقَ مَسْمُوعٌ ، وَلَا يَكُونُ الْمَسْمُوعُ إِلَّا كَلَامًا ، وَلِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لَهُ تَأْجِيلًا ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ الْمُطَالَبَةَ فِيهَا ، كَسَائِرِ الْأَجَالِ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ لَمْ يَتَقَدَّمْهَا إِيقَاعٌ ، فَلَا يَتَقَدَّمُهَا وَقُوعٌ ، كَمُدَّةِ الْعُنَّةِ . وَمُدَّةُ الْعُنَّةِ حُجَّةٌ لَنَا ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا ^(٧) بِمُضِيِّهَا ، وَلِأَنَّ مُدَّةَ الْعُنَّةِ ضُرِبَتْ لَهُ لِيُخْتَبَرَ فِيهَا ، وَيُعْرَفَ عَجْزُهُ عَنِ الْوَطْءِ بِتَرْكِهِ فِي مَدَّتِهَا ، وَهَذِهِ ضُرِبَتْ تَأْخِيرًا لَهُ وَتَأْجِيلًا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجَلِ ، كَالَّذِينَ .

فصل : وابتداء المدة من حين اليقين ، ولا يفتقر إلى ضرب مدة ؛ لِأَنَّهَا ثَبَتَتْ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى ضَرْبٍ ^(٨) ، كَمُدَّةِ الْعُنَّةِ . وَلَا يُطَالَبُ بِالْوَطْءِ فِيهَا ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، فَإِنْ وَطَّئَهَا ^(٩) فِيهَا فَقَدْ عَجَّلَ ^(١٠) حَقَّهَا قَبْلَ مَحِلِّهِ ، وَخَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ ، كَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ^(١١) دَفَعَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ . وَهَكَذَا إِنْ وَطَّئَ بَعْدَ الْمُدَّةِ ، قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ أَوْ بَعْدَهَا ، خَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ . وَسَوَاءٌ وَطَّئَهَا ، وَهِيَ عَاقِلَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ ، أَوْ يَقْظَانَةٌ أَوْ نَائِمَةٌ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَطَّئَهَا وَهُوَ مَجْنُونٌ ، لَمْ يَحْنَثْ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرِ : يَحْنَثُ ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلِّفٍ ، وَالْقَلَمُ عَنْهُ مَرْفُوعٌ ، وَيَخْرُجُ بِوَطْئِهِ عَنِ الْإِيلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا ، وَحَصَلَ مِنْهُ فِي حَقِّهَا مَا يَحْصُلُ مِنَ الْعَاقِلِ ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ الْكَفَّارَةُ عَنْهُ لِرَفْعِ الْقَلَمِ عَنْهُ . ذَكَرَ هَذَا ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ أَحَدُ الْوُجْهِينِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي مَا

(٦) سورة البقرة ٢٢٧ .

(٧) في م زيادة : « إلا » .

(٨) في ان زيادة : « مدة » .

(٩) في ١ : « وطئ » .

(١٠) في ١ ، ب ، م : « عجلها » .

(١١) سقط من : ١ ، م .

يدل على أنه يبقى مؤلّياً ؛ فإنه قال : إذا وطئ بعد إفاقة ، تجب عليه الكفارة ؛ لأن وطئه الأول ما حث به ، وإذا بقيت يمينه ، بقي الإيلاء ، كما لو لم يطق . وهذا قول المزي .
وينبغي أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ ؛ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ، ولا يطلق عليه ؛ لانتهائها وهي موجودة ، ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل : تضرب له المدة إذا عقل ؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه . ومن قال بالأول قال : قد وفاها حقها ، فلم يبق الإيلاء ، كما لو حث ، ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين ، كما لو حلف لا يطقأ أجنبية ، ثم تزوجها .

فصل : وإن وطئ العاقل ناسياً ليمينه ، فهل يحث ؟ على روايتين . فإن قلنا : يحث . انحل إيلاءه ، وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحث . فهل ينحل إيلاءه ؟ على وجهين ، قياساً على المجنون . وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ، ثم وجدها على فراشه ، فظنّها الأخرى ، فوطئها ؛ لأنه جاهل بها ، والجاهل كالناسي في الحث . وكذلك إن ظنّها أجنبية فبأث زوجته . وإن استدخلت ذكره وهو نائم ، لم يحث ؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه ، ولأن القلم مرفوع عنه . وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، يخرج ؛ لأن المرأة وصلت إلى حقها ، فأشبه ما لو وطئ . والثاني ، لا يخرج من حكم الإيلاء ؛ لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان مؤلّياً ، كما لو لم يفعل به ذلك . والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك ؛ لأنه لا يحث به .

فصل : وإن وطئها وطئاً محرماً ، مثل أن وطئها حائضاً ، أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة صوم فرض ، أو كان محرماً ، أو صائماً ، أو مظاهراً ، حث ، وخارج من الإيلاء . وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو بكر : قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء ؛ لأنه وطئ لا يؤمر به في الفيئة ، فلم^(١٢) يخرج به من الإيلاء ، كالوطء في

الدُّبُر . ولا يصحُّ هذا ؛ لأنَّ يَمِينَهُ انْحَلَّتْ ، ولم يَتَّقِ مُمْتَنِعًا مِنَ الْوَطْءِ بِحُكْمِ الْيَمِينِ ، فلم يَتَّقِ الْإِبْلَاءَ ، كَالْوِ كَفَرٍ عَنْ (١٣) يَمِينِهِ ، أَوْ كَالْوِ وَطْئِهَا مَرِيضَةً . وقد نصَّ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ حَلَفَ ، ثُمَّ كَفَرَ يَمِينَهُ ؛ أَنَّهُ لَا يَتَّقِي مُوَلِّيَا ، لِعَدَمِ حُكْمِ الْيَمِينِ مَعَ أَنَّهُ مَا وَفَّاهَا حَقَّهَا ، فَلَا أَنْ يَزُولَ بَزْوَالِ الْيَمِينِ بِحِنْثِهِ فِيهَا أَوَّلَى . وقد ذكر القاضي فِي الْمُحْرِمِ (١٤) وَالْمُظَاهِرِ ، أَنَّهُمَا إِذَا وَطَّئَا فَقَدْ وَفَّيَاهَا حَقَّهَا . وفَارَقَ الْوَطْءَ فِي الدُّبُرِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ بِهِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْوَطْءِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا آلى منها ، وَثَمَّ عُذْرٌ يَمْنَعُ الْوَطْءَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كَمَرَضِهِ ، أَوْ حَبْسِهِ ، أَوْ إِحْرَامِهِ ، أَوْ صِيَامِهِ ، حُسِبَتْ عَلَيْهِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينِ إِبْلَائِهِ ؛ لِأَنَّ (١٥) الْمَانِعَ مِنْ جِهَتِهِ ، وَقَدْ وَجَدَ التَّمَكِينُ الَّذِي عَلَيْهَا . ولذلك لو أَمَكَّنْتَهُ مِنْ نَفْسِهَا ، وَكَانَ مُمْتَنِعًا لِعُذْرٍ ، وَجَبَتْ لَهَا التَّفَقُّةُ . وَإِنْ طَرَأَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَعْذَارِ بَعْدَ الْإِبْلَاءِ ، أَوْ جُنْ ، لَمْ تَنْقُطِ الْمُدَّةُ ؛ لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ مِنْ جِهَتِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ حَيْضًا ، لَمْ يَمْنَعْ ضَرْبُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ لَمْ يُمَكِّنْ ضَرْبُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ فِي الْغَالِبِ لَا يَخْلُو مِنْهُ شَهْرٌ ، فَيُؤَدَّى ذَلِكَ إِلَى إِسْقَاطِ حُكْمِ الْإِبْلَاءِ ، وَإِنْ طَرَأَ الْحَيْضُ ، لَمْ يَقْطَعْ الْمُدَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ (١٦) . وَفِي النَّفَاسِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ كَالْحَيْضِ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَهُ أَحْكَامُ الْحَيْضِ . وَالثَّانِي ، هُوَ كَسَائِرِ الْأَعْذَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَادِرٌ / غَيْرُ مُعْتَادٍ ، فَاشْتَبَهَ سَائِرَ الْأَعْذَارِ . وَأَمَّا سَائِرُ الْأَعْذَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ كَصَغَرِهَا ، وَمَرَضِهَا ، وَحَبْسِهَا ، وَإِحْرَامِهَا ، وَصِيَامِهَا وَاعْتِكَافِهَا الْمَفْرُوضَيْنِ ، وَتَشْوِزِهَا ، وَغَيْبَتِهَا ، فَهِيَ وَجَدَ مِنْهَا شَيْءٌ حَالَ الْإِبْلَاءِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ الْمُدَّةُ حَتَّى يَزُولَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ تُضْرَبُ لِمُتَنَاعِهِ

ظ ٦٨/٨

(١٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٤) فِي ب : هـ المجرى ، تحريف .

(١٥) فِي أ ، ب ، م : هـ لأنه .

(١٦) فِي ب ، م : هـ ذكرناه .

من وطئها ، والمنع ههنا من قبلها . وإن وُجد^(١٧) شيء من هذه الأسباب ، استؤنفت المدة ، ولم يثن على ما مضى ؛ لأن قوله سبحانه : ﴿ تَرِثُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ يقتضي متوالية . فإذا قطعتها ، وجب استئنافها ، كمدة الشهرين^(١٨) في صوم الكفارة . وإن حث^(١٩) وهربت من يده ، انقطعت المدة . وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها ، احتسب عليه بها^(٢٠) . فإن قيل : فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه ، فلا ينبغي أن تقطع المدة ، كالحيض . قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها ، فلا فرق بين كونه يفعلها ، أو بغير فعلها . كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه ، لم يتوجه له المطالبة بعوضه ، سواء كان لعذر أو غير عذر . وإن آلى في الردة ، لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام . وإن طرأت الردة في أثناء المدة ، انقطعت ؛ لأن النكاح قد تشعث وحرّم الوطء ، فإذا عاد إلى الإسلام ، استؤنفت المدة ، سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما . وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين ، أو خالعهما ، ثم تزوجها . والله أعلم .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فلها المطالبة بالقيمة إن لم يكن عذر . فإن طالبت ، فطلب الإنهال ، فإن لم يكن له عذر ، لم يمهّل ؛ لأنه حق توجه عليه ، لا عذر له فيه ، فلم يمهّل به ، كالدين الحال ، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر ، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر ، وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من^(٢١) الجماع في حكم العادة ؛ فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه ، وليس ذلك بإنهال . فإن قال : أمهلوني حتى آكل فأني جائع ، أو حتى^(٢٢) ينهضم الطعام فأني كظيظ^(٢٣) . أو أصلى الفرض ، أو أفطر من

(١٧) في الأصل : « حدث » .

(١٨) في ب ، م : « شهرين » .

(١٩) في ا ، ب ، م : « حثت » .

(٢٠) في الأصل : « به » .

(٢١) في م : « مع » .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢٣) الكظيظ : الممتلئ بالطعام حتى لا يطيق النفس .

صَوِّمِي . أَنَهْلَ بِقَدْرِ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ أَنْ يَصِيرَ إِلَى حَالٍ يُجَامَعُ فِي مِثْلِهَا فِي الْعَادَةِ .
وكذلك يُنَهْلُ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى بَيْتِهِ ؛ ^(٢٤) «لأنَّ العادة فِعْلُ ذَلِكَ فِي بَيْتِهِ» . وَإِنْ كَانَ لَهَا عَذْرُ
يَمْنَعُ مِنْ وَطْئِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْفَيْئَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ مُمْتَنِعٌ مِنْ جِهَتِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا
مُطَالَبَةٌ بِمَا يَمْنَعُهُ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ فَرَعٌ ^(٢٥) «الاستحقاق» ، وَهِيَ لَا تَسْتَحِقُّ الْوَطْءَ فِي
هَذِهِ الْأَحْوَالِ ، وَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ مِنَ الْفَيْئَةِ /
الوَاجِبَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، وَلَكِنْ تَتَأَخَّرُ الْمُطَالَبَةُ إِلَى حَالِ زَوَالِ الْعَذْرِ ، إِنْ لَمْ يَكُنِ
الْعَذْرُ قَاطِعًا لِلْمُدَّةِ كَالْحَيْضِ ، أَوْ كَانَ الْعَذْرُ حَدَثَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ .

٦٩/٨ و

فصل : فَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ وَجُوبِهَا ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَسْقُطُ
حَقُّهَا ، وَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ
بِاسْتِقْطِاطِ حَقِّهَا مِنَ الْفَسْخِ لِعَدَمِ الْوَطْءِ ، فَسَقَطَ حَقُّهَا مِنْهُ ، كَأَمْرَةِ الْعَيْنِ إِذَا رَضِيَتْ
بِعَقْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْقُطَ حَقُّهَا ، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ مَتَى شَاءَتْ . وَهَذَا مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِرَفْعِ الضَّرَرِ بِتَرْكِ مَا يَتَجَدَّدُ مَعَ الْأَحْوَالِ ، فَكَانَ لَهَا الرُّجُوعُ ، كَمَا
لَوْ أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ ، فَعَفَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بِالْفَسْخِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ ، وَفَارَقَ الْفَسْخُ لِلْعِنَةِ ؛ فَإِنَّهُ
فَسَخٌ لَعَيْنِهِ ، فَمَتَى رَضِيَتْ بِالْعَيْبِ ، سَقَطَ حَقُّهَا ، كَمَا لَوْ عَفَا الْمُشْتَرِي عَنْ عَيْبِ
الْمَبِيعِ ، وَإِنْ سَكَتَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ بَعْدَ ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا يَثْبُتُ عَلَى
التَّرَاخِي ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ ، كَاسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ .

فصل : وَالْأَمَةُ كَالْحُرَّةِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُطَالَبَةِ ، سَوَاءً عَفَا السَّيِّدُ عَنْ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْفَ ؛
لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، حَيْثُ كَانَ الْاسْتِمْتَاعُ يَخْصُلُ لَهَا . فَإِنْ تَرَكَتِ الْمُطَالَبَةَ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوْلَاهَا
الطَّلَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : حَقُّهُ فِي الْوَلَدِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْعَزْلُ عَنْهَا ^(٢٦) «إِلَّا بِإِذْنِهِ» .
قُلْنَا : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الزَّوْجِ اسْتِيلَادَ الْمَرْأَةِ ؛ وَلِذَلِكَ ^(٢٧) «لَوْ حَلَفَ لَيَعْزِلَنَّ

(٢٤-٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في الأصل ، ب ، م ، : « مع » .

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : الأصل ، م . وفي ب : « وذلك » .

عنها ، أو لا يَسْتَوْلِدُهَا ، لم يَكُنْ مُوَلِّيًا ، ولو أَنَّ المُوَلِّىَ وَطِئَ بِحَيْثُ يُوجَدُ التَّقَاءُ
الْخِتَانَيْنِ ، حَصَلَتِ الْفَيْئَةُ ، وَزَالَتْ عَنْهُ الْمُطَالَبَةُ ، وَإِنْ لَمْ يَنْزِلْ ، وَإِنَّمَا اسْتَوْلَذَنَ السَّيِّدُ فِي
الْعَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْأَمَةِ ، فَرُبَّمَا نَقَصَ قِيَمَتَهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا غَيْرُ
مُعْتَبَرٍ ، وَلَيْسَ لَوَلِيِّهِمَا الْمُطَالَبَةُ لَهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا طَرِيقُهُ الشَّهْوَةُ ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا
فِيهِ ^(٢٨) . فَإِنْ كَانَتَا مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ وَطَأُهَا ، لَمْ يُخْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ
جِهَتَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ وَطَأُهَا مُمَكِّنًا . فَإِنْ أَفَاقَتِ الْمَجْنُونَةُ ، أَوْ بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ ، قَبْلَ
انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، تُمَمَّتِ الْمُدَّةُ ، ثُمَّ لَهَا الْمُطَالَبَةُ ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ،
فَلَهُمَا الْمُطَالَبَةُ يَوْمَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ثَابِتٌ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْمُطَالَبَةِ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا تُضْرَبُ الْمُدَّةُ فِي الصَّغِيرَةِ حَتَّى تَبْلُغَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُضْرَبُ الْمُدَّةُ ،
سواءً أُمَكِّنَ الْوَطْءُ أَوْ لَمْ يُمَكِّنِ الْوَطْءُ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَأَيْ يَلْسَانُهُ ، / وَإِلَّا بَانَتْ بِانْقِضَاءِ
الْمُدَّةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَهُ ^(٢٩) فِي النَّاشِزِ ، وَالرَّثْقَاءِ ، وَالْقَرْنَائِ ، وَالَّتِي غَابَتْ فِي
الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِيْلَاءٌ صَحِيحٌ ، فَوَجِبَ أَنْ تَتَعَقَّبَهُ الْمُدَّةُ ، كَالَّتِي يُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا . وَلَنَا ،
أَنَّ حَقَّهَا مِنَ الْوَطْءِ يَسْقُطُ بِتَعَذُّرِ جَمَاعِهَا ، فَوَجِبَ أَنْ تَسْقُطَ الْمُدَّةُ الْمَضْرُوبَةُ لَهُ ، كَمَا
يَسْقُطُ أَجَلُ الدَّيْنِ بِسُقُوطِهِ . وَأَمَّا الَّتِي أُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا ، فَتُضْرَبُ لَهُ الْمُدَّةُ فِي حَقِّهَا ؛
لِأَنَّهُ إِيْلَاءٌ صَحِيحٌ مِمَّنْ يُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا ، فَتُضْرَبُ لَهُ الْمُدَّةُ كَالْبَالِغَةِ ، وَمَتَى ^(٣١) قَصَدَ
الإِضْرَارَ بِهِمَا ^(٣٢) بِتَرْكِ الْوَطْءِ أَيْمَ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَالَ لَهُ : اتَّقِ اللَّهَ فَإِنَّمَا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِنَّمَا أَنْ
تُطَلَّقَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٣٣) . وَقَالَ تَعَالَى :

٦٩/٨ ظ

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) سقط من : الأصل ، م . وفي : ١ : ثم لهما .

(٣٠) في الأصل : عنه .

(٣١) في : ١ ، ب ، م : ٥ ، والتي .

(٣٢) في : ١ ، ب ، م : ٥ : بها .

(٣٣) سورة النساء ١٩ .

﴿فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحَ بِإِحْسَانٍ﴾^(٣٤) . وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

١٣٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْفَيْئَةُ : الْجَمَاعُ)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن الفئاء الجماعة . كذلك قال ابن عباس . وروى ذلك عن علي ، وابن مسعود . وبه قال مسروق ، وعطاء ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّحَّعِيُّ ، وسعيد بن جبيرة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو عبيدة ، وأصحاب الرأي ، إذا لم يكن عُذْرٌ . وأصل الفئاء الرجوع ، ولذلك يُسمَّى الظلُّ بعد الزوال فَيْئًا ؛ لأنه رَجَعَ مِنَ الْمَغْرِبِ إِلَى الْمَشْرِقِ ، فَسُمِّيَ الْجَمَاعُ مِنَ الْمُؤَلَى فَيْئَةً ؛ لأنه رُجِعَ^(١) إِلَى فِعْلٍ مَا تَرَكَه . وأدنى الوطء الذي تحصل به الفئاء ، أن تَغِيْبَ الْحَشْفَةُ فِي الْفَرْجِ ؛ فَإِنَّ أَحْكَامَ الْوُطْءِ تَتَعَلَّقُ بِهِ . ولو وُطِئَ دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ فِي الدُّبْرِ ، لَمْ يَكُنْ فَيْئَةً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُخْلُوفٍ عَلَى تَرْكِه ، وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ بِفِعْلِهِ .

فصل : وإذا فاء ، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وبه قال ابن سيرين ، والنَّحَّعِيُّ ، والثوري ، وقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ . وَقَالَ النَّحَّعِيُّ : كَانُوا يَقُولُونَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ فَعَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٢) . قَالَ قَتَادَةُ : هَذَا خَالَفَ النَّاسَ . يَعْنِي قَوْلَ الْحَسَنِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾ الْآيَةَ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا

(٣٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(١) في م : رجع .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

حَلَفْتُمْ ﴿٣﴾ . وقال سبحانه : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾ (٤) . وقال النبي ﷺ : « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا / ، فَأَبِ الدِّينَ هُوَ خَيْرٌ ، وَكَفَّرَ عَنْ يَمِينِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥) . وَلِأَنَّهُ حَالِفٌ حَانِثٌ فِي يَمِينِهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ كَمَا لَوْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ فَرِيضَةٍ ثُمَّ فَعَلَهَا ، وَالْمَغْفِرَةُ لَا تُنَافِي الْكَفَّارَةَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ غَفَرَ لِرَسُولِهِ ﷺ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ ، وَقَدْ كَانَ يَقُولُ : « إِنِّي وَاللَّهِ لَا أُحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ فَأَرَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، إِلَّا أَتَيْتُ الدِّينَ هُوَ خَيْرٌ ، وَتَحَلَّلْتُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦) .

فصل : وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق ، وَقَعَ بِنَفْسِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ ، وَقَدْ وَجِدَتْ . وإن كان على نذر ، أو عتق ، أو صوم ، أو صلاة ، أو صدقة ، أو حج ، أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات ، فهو مُحَيَّرٌ بَيْنَ الْوَفَاءِ بِهِ وَبَيْنَ كَفَّارَةِ

(٣) سورة المائدة ٨٩ .

(٤) سورة التحريم ٢ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ لَا يُؤْخَذُكُمْ اللَّهُ بِاللُّغُو فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾ ، وباب لا تخلفوا بأيمانكم ، من كتاب الأيمان والنذور ، وفي : باب من لم يسأل الإمامة أعانته الله ، وباب من سأل الإمامة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨ / ١٥٩ ، ١٦٥ ، ٩ / ٧٩ . ومسلم ، في : باب نذب من حلف يمينًا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٩ ، ١٢٧١ ، ١٢٧٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب اليمين في قطيعة الرحم ، وباب الرجل يكفر قبل أن يمحن ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبي داود ٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من حلف ... ، وباب ما جاء في الكفارة قبل الحنث ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٠ ، ١١ . والنسائي ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب الكفارة قبل الحنث ، وباب الكفارة بعد الحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٩/٧ - ١٢ . وابن ماجه ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب من قال : كفارتها تركها ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨١ ، ٦٨٢ . والدارمي ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمي ٢ / ١٨٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٨٥ ، ٢٠٤ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٣٦١ ، ٣ / ٧٦ ، ٤ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٥ / ٦١ - ٦٣ .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب ومن الدليل على أن الخمس لنواب المسلمين ، من كتاب الخمس . وفي : باب الدجاج ، من كتاب الذبائح ، وفي : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٤ / ١٠٩ ، ٧ / ١٢٣ ، ٨ / ١٨٣ ، ٩ / ١٩٧ . ومسلم ، في : باب نذب من حلف يمينًا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٧٠ .

يمين ؛ لأنه نذر لجأح وغضب ، فهذا حكمه . وإن علّق طلاقها الثلاث بوطئها ، لم يؤمر بالفئة ، وأمر بالطلاق ؛ لأن الوطء غير ممكن ؛ لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة ، فيصير مستمتعا بأجنبية . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وأكثرهم قالوا : تجوز الفئة ؛ لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء . وقد ذكر القاضي أن كلام أحمد يقتضي روايتين ، كهذين الوجهين . واللائق بمذهب أحمد تحريمه ؛ لوجوه ثلاثة ، أحدها أن آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا ؛ فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، فيكون في حكم الوطء ، ولذلك قلنا في من طلع عليه الفجر وهو مجامع ، فنزع : أنه يفطر . والتحریم ههنا أولى ؛ لأن الفطر بالوطء . ويمكن منع كون النزع وطئا ، والمحرّم ههنا الاستمتاع ، والنزع استمتاع ، فكان محرّما ، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرّم ، فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحریم . فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرّم حرّم ضرورة ترك الحرام . كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح ، لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير ، حرّم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة ، أو امرأته بأجنبية ، حرّم الكل . الوجه الثاني ، أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصاية ، وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه ، يحرم تحقيق سببه . الثالث ، أنه ^(٧) يقع به طلاق البدعة من وجه آخر ، وهو جمع ^(٨) الثلاث ، فإن وطئ ، فعليه أن ينزع حين ^(٩) يولج الحشفة ، ولا يزيد على ذلك ، ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع ؛ لأنها أجنبية ، فإذا فعل ذلك ، فلا حد ولا مهر ؛ لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج ، / فلا حد عليه ، لتمكن الشبهة منه ، لكونه وطئا بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان ؛ أحدهما ، يلزمه ؛ لأنه حصل منه وطء محرّم في محل غير مملوك ، فأوجب المهر ، كما لو أولج بعد النزع . والثاني ،

ظ ٧٠/٨

(٧) في ا ، ب ، م : و أن .

(٨) في ا : و بجمع .

(٩) في ب : و حتى .

لا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَابَعَ الْإِيلَاجَ فِي مَحَلِّ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ تَابِعًا لَهُ فِي سُقُوطِ الْمَهْرِ . وَإِنْ نَزَعَ ، ثُمَّ أَوْلَجَ ، وَكَانَا جَاهِلَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ ، فَلَا حَدٌّ عَلَيْهِمَا ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ . وَإِنْ^(١٠) كَانَا عَالِمَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ ، فَعَلَيْهِمَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِيلَاجٌ فِي أَجْنَبِيَّةٍ بِغَيْرِ شُبْهَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ وَطَّئَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا مُطَاوَعَةٌ عَلَى الزَّوْنِ ، وَلَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَوْنٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا حَدٌّ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْفَى عَلَى كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ ، وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْعَالِمَيْنِ ، وَلَيْسَ هُوَ فِي مَظْنَةِ الْخَفَاءِ ؛ فَإِنَّ أَكْثَرَ الْمُسْلِمِينَ يَعْلَمُونَ أَنَّ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ مُحَرَّمٌ لِلْمَرْأَةِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا ، وَالْآخَرُ جَاهِلًا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ هُوَ الْعَالِمَ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَلَهَا الْمَهْرُ ، وَلَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ زَانٌ مَحْدُودٌ . وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْعَالِمَةُ دُونَهُ ، فَعَلَيْهَا الْحَدُّ وَخُذَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَالنَّسَبُ لَاحِقٌ بِالزَّوْجِ ، لِأَنَّ وَطْأَهُ وَطْءُ شُبْهَةٍ .

فصل : إِنْ قَالَ : إِنْ وَطَّئْتُكَ ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَقْرُبُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ . وَهَذَا نَصٌّ فِي تَحْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الْوُطْءِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا أَعْظَمُ تَحْرِيمًا مِنَ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا . وَإِذَا وَطَّئَ هُنَا ، فَقَدْ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَزَالَ حُكْمُ الْإِيلَاجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَرَادَ ، إِذَا وَطَّئَهَا مَرَّةً ، فَلَا يَطْأُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ ؛ لِكَوْنِهِ صَارَ بِالْوُطْءِ مُظَاهِرًا ، إِذْ لَا يَصِحُّ تَقْدِيمُ الْكَفَّارَةِ عَلَى الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَّهَا ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْحُكْمِ عَلَى سَبِّهِ . وَلَوْ كَفَّرَ قَبْلَ الظَّهَارِ لَمْ يُجْزِئَهُ . وَقَدْ رَوَى إِسْحَاقُ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِنْ قَرَّبْتُكَ إِلَى سَتَةٍ . قَالَ : إِنْ جَاءَتْ تَطَلَّبُ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْضُلَهَا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، يُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِمَّا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ، وَإِنْ أَبَى ، وَأَرَادَتْ مُفَارَقَتَهُ ، طَلَّقَهَا الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . فَيَتَّبِعِي أَنْ تُحْمَلَ الرِّوَايَةُ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً ؛ لما ذكرناه ، فتكون الروايتان متفقتين . والله تعالى أعلم .

١٣٠١ - مسألة ؛ قال : (أو يكون له عُذر من مَرَضٍ ، أو إِخْرَامٍ ، أو شَيْءٍ لَا يُمَكِّنُ مَعَهُ الْجَمَاعُ) / ، فيقول : متى قَدَرْتُ جَامِعُهَا . فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فَيَمْتَنُّ لِلْعُذْرِ)

٧١/٨

وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة ، وبالمولى عُذر يمتنع الوطء من مَرَضٍ ، أو حَبْسٍ بغير حق ، أو غيره ، لَزِمَهُ أَنْ يَقِيءَ بِلِسَانِهِ ، فيقول : متى قَدَرْتُ جَامِعُهَا . أو نحو^(١) هذا . وممن قال : يَقِيءُ بِلِسَانِهِ إذا كان ذا عُذْرٍ . ابن مسعود ، وجابر بن زيد ، والنخعي ، والحسن ، والزهرى ، والثوري ، والأوزاعي ، وعكرمة ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال سعيد بن جبيرة : لا يكون الفیء إلا بالجماع^(٢) ، في حالي العذر وغيره . وقال أبو ثور : إذا لم يقدر ، لم يوقف حتى يصح ، أو يصل إن كان غائبا ، ولا تلزمه الفیئة بلسانه ؛ لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية : يحتاج أن يقول : قد ندمت على ما فعلت ، وإن قَدَرْتُ وَطِئْتُ . ولنا ، أن قصد الفیئة ترك ما قصده من الإضرار ، وقد ترك قصد الإضرار بما أتى به من الاعتذار ، والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن^(٣) إسهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها ، يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها . ولا يحتاج أن يقول : ندمت ؛ لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين ، وقد حصل بظهور عزمه عليه . وحكى أبو الخطاب عن القاضي ، أن فیئة المعذور أن يقول : فئت إليك . وهو قول الثوري ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . والذي ذكره القاضي في « المجرد » مثل ما ذكر

(١) في م : « ونحو » .

(٢) في ا ، ب ، م : « الجماع » .

(٣) سقط من : ا .

الْخِرْقَى ، وَهُوَ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ وَعْدَهُ بِالْفِعْلِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، دَلِيلٌ عَلَى تَرْكِ^(٤) قَصْدِ
الْإِضْرَارِ ، وَفِيهِ نَوْعٌ مِنَ الِاعْتِدَارِ ، وَإِخْبَارٌ بِإِزَالَتِهِ لِلضَّرَرِ^(٥) عِنْدَ امْكَانِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ
بِقَوْلِهِ : فَتَتْ إِلَيْكَ . شَيْءٌ مِنْ هَذَا . فَأَمَّا الْعَاجِزُ لِحَبِّ^(٦) أَوْ شَلَلٍ ، فَفَيْتَتْهُ أَنْ يَقُولَ : لَوْ
قَدَرْتُ لَجَامَعْتُهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ يُزِيلُ مَا حَصَلَ بِإِبْلَائِهِ .

فصل : والإِخْرَامُ كَالْمَرَضِ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرْقَى . وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ الِاعْتِكَافُ
الْمَنْدُورُ وَالظُّهَارُ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّ الْمُظَاهِرَ لَا يُمَهِّلُ ، وَيُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ . فَيُخْرِجُ مِنْ
هَذَا أَنَّ كُلَّ عَذْرِ مِنْ فَعْلِهِ يَمْنَعُهُ الْوُطْءَ لَا يُمَهِّلُ مِنْ أَجْلِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ
الِامْتِنَاعَ بِسَبَبٍ مِنْهُ ، فَلَا يُسْقِطُ حُكْمًا وَاجِبًا عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا لَا يُؤْمَرُ بِالْوُطْءِ ؛ لِأَنَّهُ
مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْوُطْءِ بِأَمْرِ لَا
يُمْكِنُ الْخُرُوجُ مِنْهُ ، فَأَشَبَّهَ الْمَرِيضَ . فَأَمَّا الْمُظَاهِرُ ، فَيَقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُكْفِرَ وَتَفِيءَ ،
وَأَمَّا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ قَالَ : أَمْهِلُونِي حَتَّى أَطْلُبَ رَقَبَةً ، أَوْ أَطْعِمَ . فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى
التَّكْفِيرِ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ الْمُدَافَعَةَ وَالتَّأْخِيرَ ، لَمْ يُمَهِّلْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ حَالٌ عَلَيْهِ .
وَإِنَّمَا يُمَهِّلُ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، أَمْهِلْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ؛ لِأَنَّهُاقْرِيبَةٌ ، وَلَا
يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ قَرْضُهُ الصِّيَامَ ، فَطَلَّبَ الْإِمْهَالَ لِيَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ ، لَمْ
يُمَهِّلْ ؛ لِأَنَّهُ كَثِيرٌ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَفِيءَ بِلِسَانِهِ فَيْتَةً الْمَعْذُورِ ، وَيُمَهِّلُ حَتَّى يَصُومَ ،
كَقَوْلِنَا فِي الْمُحْرِمِ . فَإِنْ وَطَّئَهَا فَقَدْ عَصَى ، وَانْحَلَّ إِبْلَاؤُهُ . وَلَهَا مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا
الْوُطْءَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزُمُهَا التَّمْكِينُ ، وَإِنْ اِمْتَنَعَتْ سَقَطَ حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ
حَقَّهَا فِي الْوُطْءِ ، وَقَدْ بَذَلَهُ لَهَا ، وَمَتَى وَطَّئَهَا فَقَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا ، وَالتَّخْرِيمُ عَلَيْهِ دُونَهَا .
وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ ، فَلَا يَلْزَمُ التَّمْكِينُ مِنْهُ ، كَالْوُطْءِ فِي الْحَيْضِ وَالتَّنَافُسِ . وَهَذَا يَنْقُضُ
دَلِيلَهُمْ . وَلَا نُسَلِّمُ كَوْنَ التَّحْرِيمِ عَلَيْهِ دُونَهَا ؛ فَإِنَّ الْوُطْءَ مَتَى حُرِّمَ عَلَى أَحَدِهِمَا حُرِّمَ عَلَى

٧١/٨ ظ

(٤) لِي ب : قول .

(٥) لِي ب : الضرر .

(٦) لِي الْأَمْسِلُ ، ب : يجب .

الآخر ؛ لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتخريم ، لاختصت المرأة بتخريم الوطء في الحيض والنفس وإحرامها وصيامها ؛ لاختصاصها^(٧) بسببه .

فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكنه^(٨) أدائه ، طوّل بالفئة ؛ لأنه قادر عليها بأداء ما عليه . فإن لم يفعل ، أمر بالطلاق . وإن كان عاجزاً عن أدائه ، أو حبس ظلماً ، أمر بفئة المعذور . وإن انقضت وهو غائب ، والطريق آمن ، فلها أن تؤكل من يطالبه بالمسير إليها ، أو حملها إليه ، فإن لم يفعل ، أخذ بالطلاق . وإن كان الطريق مخوفاً ، أو له عذر يمنعه ، فاء فئة المعذور .

فصل : فإن كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء ، لم يطالب ؛ لأنه لا يصلح للخطاب ، ولا يصح منه الجواب ، وتأخر المطالبة إلى حال القدرة ، وزوال العذر ، ثم يطالب حينئذ . وإن كان مجبواً ، وقلنا : يصح إيلائه . فاء فئة المعذور ، فيقول : لو قدرت جامعتها .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فادّعى أنه عاجز عن الوطء ، فإذا^(٩) كان قد وطئها مرة ، لم تسمع دعواه العنة ، كما لا تسمع دعوها عليه ، ويؤخذ بالفئة ، أو بالطلاق ، كغيره ، وإن لم يكن وطئها ، ولم تكن حاله معروفة ، فقال القاضي : تسمع دعواه ، ويقبل قوله ؛ لأنّ التّعين من العيوب التي لا يقف عليها غيره . وهذا ظاهر نصّ الشافعي . ولها / أن تسأل الحاكم ، فيضرب له مدة العنة بعد أن يفى فئة أهل الأعدار . وفيه وجه آخر ، أنه لا^(١٠) يقبل قوله^(١٠) ؛ لأنه متهّم في دعوى ما يسقط عنه^(١١) التّوجه عليه الطلب به^(١١) ، والأصل سلامته منه . وإن ادّعت أنه قد أصابها مرة ،

و ٧٢/٨

(٧) سقط من : ب .

(٨) في م : يمكن .

(٩) في الأصل : فإن .

(١٠ - ١٠) في م : يقبل قوله .

(١١) في ب : فيه .

وَأَنْكَرَ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِضَرْبِ مُدَّةِ الْعُنَّةِ ، لَا عِتْرَافِهَا بِعَدَمِ عُنَّتِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ
فِي عَدَمِ الْإِصَابَةِ .

١٣٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى قَدَرَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، أَمَرَ بِالطَّلَاقِ)

وجملة الأمر أن المولى إذا وَقَفَ ، وطولَبَ بالْفَيْئَةِ وهو قادرٌ عليها ، فلم يَفْعَلْ ، أَمَرَ
بِالطَّلَاقِ . وهذا قول كل مَنْ يَقُولُ : يُوقِفُ المولى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِمْسَاكَ
بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(١) . فإذا امتنع من أداء الواجب عليه ، فقد امتنع من
الإمساك بالمعروف ، فَيُؤْمَرُ بالتسريح بالإحسان . وإن كان معذورا ، ففَاءَ بِلِسَانِهِ ، ثم
قَدَرَ عَلَى الْوُطْءِ ، أَمَرَ بِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، وَإِلَّا أَمَرَ بِالطَّلَاقِ . وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو
بَكْرٍ : إذا فَاءَ بِلِسَانِهِ ، لَمْ يُطَالَبْ بِالْفَيْئَةِ مَرَّةً أُخْرَى ، وَخَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ . وهو قول
الحسين ، وَعِكْرِمَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ فَاءَ مَرَّةً ، فَخَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ ، وَلَمْ تَلْزَمْهُ فَيْئَةٌ
ثَانِيَةٌ ، كَالْوُفَاءِ بِالْوُطْءِ . وقال أبو حَنِيفَةَ : تُسْتَأْنَفُ لَهُ مُدَّةُ الْإِيلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّاهَا حَقَّهَا بِمَا
أُمِكَّنَهُ مِنَ الْفَيْئَةِ ، فَلَا يُطَالَبُ إِلَّا بَعْدَ اسْتِثْنَائِ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، كَالْوُطْءِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُخِّرَ
حَقُّهَا لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ أَنْ يُوفِّيَهَا إِيَّاهُ ، كَالَّذِينَ عَلَى الْمُعْسِرِ إِذَا قَدَرَ
عَلَيْهِ . وما ذكروه فليس بحَقِّها ، وَلَا يُزُولُ الضَّرَرُ عَنْهَا بِهِ ، وَإِنَّمَا وَعَدَهَا بِالْوُفَاءِ ، وَلَزِمَهَا
الصَّبْرُ عَلَيْهِ وَإِنْظَارُهُ ^(٢) كَالْغَرِيمِ الْمُعْسِرِ .

فصل : وليس على مَنْ فَاءَ بِلِسَانِهِ كَفَّارَةٌ ، وَلَا حِنْثٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلِ الْمَخْلُوفَ عَلَيْهِ ،
وَإِنَّمَا وَعَدَ بِفَعْلِهِ ، فَهُوَ كَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَلَفَ أَنْ لَا يُوفِّيَهُ ، ثُمَّ أَعْسَرَ بِهِ ، فَقَالَ : مَتَى
قَدَرْتُ وَفَّيْتُهُ .

(١) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٢) في م : ١ وإنكاره ، تحريف .

١٣٠٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يُطَلَّقْ ، طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ)

وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفئقة بعد التبرص ، أو امتنع المعذور من الفئقة بلسانه ، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره ، أمر بالطلاق . فإن طلق^(١) ، وقع طلاقه الذى أوقعه ، واحدة كانت أو أكثر . وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلاق ؛ لأنه يحصل الوفاء بحققها بها ؛ فإنها^(٢) تفضى إلى البينة ، والتخلص من ضرره . وإن امتنع من الطلاق ، طلق الحاكم عليه . وهذا قال مالك . وعن / أحمد ، رواية أخرى ، ليس للحاكم الطلاق عليه ؛ لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين ، لم يقيم الحاكم مقامه فيه ، كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة ، أو أختان . فعلى هذا يخيسه ، ويضيق عليه ، حتى يفيء ، أو يطلق . وللشافعى قولان ، كالروايتين . ولنا ، أن ما دخلته الثيابة ، وتعين مستحقه ، وامتنع من هو عليه ، قام الحاكم مقامه فيه ، كقضاء الدين ، وفارق الاختيار ، فإنه ما تعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك ؛ لأنه حق هنا . وإنما الحاكم يستوفى لها الحق ، فلا يكون إلا عند طلبها .

٧٢/٨ ظ

فصل : والطلاق الواجب على المولى رجعى ، سواء أوقعه بنفسه ، أو طلق الحاكم عليه . وهذا قال الشافعى . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله فى المولى : فإن طلقها . قال : تكون واحدة ، وهو أحق بها . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أن فرقة الحاكم تكون بائنا . ذكر أبو بكر الروائين جميعا . وقال القاضى : المنصوص عن أحمد ، فى فرقة الحاكم ، أنها تكون بائنا ؛ فإن فى رواية الأثرم : وقد سئل إذا طلق عليه السلطان ، أتكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهى واحدة ، وهو أحق بها ، فأما تفريق السلطان ، فليس فيه رجعة . وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن ، سواء طلق هو ، أو طلق عليه الحاكم ؛

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : د فإنه .

لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ لِرَفْعِ الضَّرَرِ ، فَكَانَ بَائِثًا ، كَفَرَقَةِ الْعُنَّةِ ، وَلِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً ، لَمْ يَنْدَفِعِ الضَّرَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْتَجِعُهَا ، فَيَبْقَى الضَّرَرُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقَعُ الطَّلَاقُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بَائِثًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ؛ أَنَّهُ طَلَاقٌ صَادَفَ مَدْخُولًا بِهَا مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا اسْتِيفَاءٍ عَدَدٍ ، فَكَانَ رَجْعِيًّا ، كَالطَّلَاقِ فِي غَيْرِ الْإِبْلَاءِ . وَيُفَارِقُ فُرْقَةَ الْعُنَّةِ ؛ لِأَنَّهَا فَسَخٌ لِعَيْبٍ ، وَهَذِهِ طَلْقَةٌ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أُبِيحَ لَهُ ارْتِجَاعُهَا ، لَمْ يَنْدَفِعْ عَنْهَا الضَّرَرُ ، وَهَذِهِ يَنْدَفِعُ عَنْهَا الضَّرَرُ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا ، ضَرِبَتْ لَهُ مُدَّةٌ أُخْرَى ، وَلِأَنَّ الْعَيْنَ قَدْ يُثَسَّرُ مِنْ وَطْئِهِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي رَجْعَتِهِ ، وَهَذَا غَيْرُ عَاجِزٍ ، وَرَجَعَتْهُ دَلِيلٌ عَلَى رَغْبَتِهِ وَإِقْلَاعِهِ عَنِ الْإِضْرَارِ بِهَا ، فَافْتَرَقَا . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

١٣٠٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ طَلَّقَ عَلَيْهِ ثَلَاثًا ، فَهِيَ ثَلَاثٌ)

وَجُمْلَةُ الْأَمْرِ أَنَّ الْمُؤَلَّى إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْفَيْعَةِ وَالطَّلَاقِ مَعًا^(١) ، وَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ مِنَ الطَّلَاقِ مَا يَمْلِكُهُ الْمُؤَلَّى ، وَإِلَيْهِ الْخِيَرَةُ فِيهِ ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَاحِدَةً ، وَإِنْ شَاءَ اثْنَتَيْنِ ، وَإِنْ شَاءَ ثَلَاثًا ، / وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ إِلَّا وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ إِيفَاءَ الْحَقِّ يَحْصُلُ بِهَا ، فَلَمْ يَمْلِكْ زِيَادَةَ عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يَمْلِكِ الزِّيَادَةَ عَلَى وَقَاءِ الدِّينِ فِي حَقِّ الْمُمْتَنِعِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَاكِمَ قَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَمَلِكٌ مِنَ الطَّلَاقِ مَا يَمْلِكُهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي ذَلِكَ . وَلَيْسَ ذَلِكَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهَا ؛ فَإِنْ حَقَّهَا الْفُرْقَةُ ، غَيْرَ أَنَّهَا تَتَنَوَّعُ ، وَقَدْ يَرَى الْحَاكِمُ الْمَصْلَحَةَ فِي تَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، وَمَنْعِهِ رَجْعَتَهَا ؛ لِعَلِّمِهِ بِسُوءِ قَصْدِهِ ، وَحُصُولِ الْمَصْلَحَةِ بَعْدَهُ^(٢) . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا قَالَ : فَرَّقْتُ بَيْنَكُمَا^(٣) . فَإِنَّمَا هُوَ فَسَخٌ . وَإِذَا قَالَ : طَلَّقْتُ وَاحِدَةً . فَهِيَ وَاحِدَةٌ . وَإِذَا قَالَ : ثَلَاثًا . فَهِيَ ثَلَاثٌ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : بعدة .

(٣) في م : بينكم .

١٣٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ، وَرَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ أَكْثَرُ^(١) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الْحُكْمُ كَمَا حَكَمْنَا فِي الْأَوَّلِ)

وجملة الأمر أنه إذا طلق المولى ، أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث ، فله رجعتها . وعن أبي عبد الله ، رحمه الله ، رواية أخرى ، أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة ؛ فإنه قال : وأما تفريق السلطان ، فليس فيه رجعة في العدة ، ولا بعدها . فعلى هذه الرواية ، يكون طلاق الحاكم بائناً ، ليس فيه رجعة . وقال أبو بكر : في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان ، لعائنا كانت أو غيره ؛ إحداهما ، تحرم على التأبيد . واختارها . والثانية ، له المراجعة فيها بعقد جديد . وهذا الصحيح . وليس في كلام أحمد ما يقتضى تحريمها عليه . وقوله : ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها . يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد ؛ لأنه قد صرح في سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجد سبب يقتضى تحريمها عليه ، وتفريق الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ، ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة ، لم تحرم عليه . وأما فرقة اللعان ، فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم . ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحريم اللعان ، بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به ، بخلاف مسألتنا . وأما على قول الخرقى ، فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث ، فهو رجعى ، سواء كان من المولى ، أو^(٢) الحاكم . وهذا مذهب الشافعى ؛^(٣) لأن الحاكم نائبه ، فلا يقع طلاقه مفيداً ، كما لم يفذه طلاق المولى كالوكيل . فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها ، بائناً ، ولم يلحقها طلاق ثان . وهذا مذهب الشافعى^(٤) ، وروى عن علي : إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق ، فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء ، فهي واحدة . ويقتضيه

(١) سقط من : م .

(٢) في ب زيادة : من هـ .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مذهب الزُّهْرِيِّ . وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بَانْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، ^(٤) مِنْ غَيْرِ إِيْقَاعٍ ^(٥) . / وقد سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ فَسَخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَ ، فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الرَّجُوعُ عَلَيْهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ ، سَوَاءً كَانَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا . وَلَا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ طَلَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ ، فَأَشْبَهَ فَسَخَ النِّكَاحِ لَعَيْبِهِ أَوْ غُنَّتِهِ . وَإِنْ طَلَّقَ الْمَوْلَى أَوْ الْحَاكِمُ ثَلَاثًا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ ثَانٍ وَإِصَابَةٍ وَنِكَاحٍ جَدِيدٍ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا طَلَّقَ دُونَ الثَّلَاثِ ، فَرَاغَهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَإِنَّ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ تَنْقَطِعُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِمَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ مِنَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْنُوعَةً مِنْهُ ^(٥) بِغَيْرِ الْيَمِينِ ، فَانْقَطَعَتِ الْمُدَّةُ كَمَا لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَاثِنًا ، فَإِنْ رَاجَعَ ، اسْتَوْفَتِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينَ رَجَعْتِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْبَاقِي مِنْهَا أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، سَقَطَ الْإِيلَاءُ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا تَرَبُّصْنَا بِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، ثُمَّ وَقَفْنَاهُ لِيَفِيءَ أَوْ يُطَلَّقَ ، ثُمَّ يَكُونُ الْحُكْمُ هَهُنَا كَالْحُكْمِ فِي وَقْفِهِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ طَلَّقَ ، أَوْ طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ وَاحِدَةً ، ثُمَّ رَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، انْتَهَزْنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ^(٦) ، ثُمَّ طَوَّلَبَ بِالْفَيْئَةِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَإِنْ طَلَّقَ ، فَقَدْ كَمَلَتِ الثَّلَاثُ ، وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَقْتَضِي مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ اسْتَوْفَتِ الْمُدَّةُ ^(٧) الْأُخْرَى مِنْ حِينَ طَلَّقَ ، فَلَوْ تَمَّتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، وَقَفَ ثَانِيًا ، فَإِنْ فَاءَ ، وَإِلَّا أَمَرَ بِالطَّلَاقِ . وَنَحْوُ هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، بَانَ ، وَانْقَطَعَ الْإِيلَاءُ ، فَإِنْ رَاجَعَ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، تَرَبَّصَ بِهِ تَمَامَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ طَلَّقَ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّ الطَّلَاقَ يَهْدِمُ الْإِيلَاءَ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَقْطَعُ مُدَّتَهُ ، فَلَا يُحْتَسَبُ بِمُدَّتِهِ قَبْلَ الرَّجْعَةِ ؛ فَيَكُونُ قَوْلُ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) في ب : العدة .

الْخِرْقَى مِثْلَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يُزِيلُ حُكْمَهُ بِالْكُلِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا بِالطَّلَاقِ ، فَسَقَطَ
حُكْمُ الْإِيلَاءِ ، كَمَا لَوْ وَطَّئَهَا . وَالْجَوَابُ عَنْ هَذَا ، أَنَّ حُكْمَ الْيَمِينِ بَاقٍ فِي الْمَنْعِ مِنَ
الْوَطْءِ ، فَيَبْقَى الْإِيلَاءُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُطَلَّقْ ، بِخِلَافِ الْفَيْئَةِ ، فَإِنَّهَا تَرْفَعُ الْيَمِينَ ، لِحُصُولِ
الْجَنِّتِ فِيهَا .

١٣٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ وَقَفْنَا بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرَ ، فَقَالَ : قَدْ أَصَبْتُهَا .
فَإِنْ كَانَتْ ثِيًّا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ)

وهذا قول الشافعي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ ، وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِي مَا يُلْزِمُهُ بِهِ رَفْعُهُ ، وَهُوَ
يَدَّعِي مَا يُوَافِقُ الْأَصْلَ ، وَيُثَبِّتُهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . كَمَا لَوْ ادَّعَى الْوَطْءَ فِي الْعُنَّةِ ، وَلِأَنَّ هَذَا
أَمْرٌ / خَفِيٌّ وَلَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، فَقَبِلَ قَوْلَهُ فِيهِ ، كَقَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي حَيْضِهَا . وَلِئَلَّا يُلْزِمُهُ
الْيَمِينَ ؛ لِأَنَّ مَا تَدَّعِيهِ الْمَرْأَةُ مُحْتَمِلٌ ، فَوَجَبَ تَفْيِهُ بِالْيَمِينِ . وَنَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ
الْأَثَرِمْ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يُلْزِمُهُ يَمِينَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضَى فِيهِ بِالتَّكْوِيلِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . فَأَمَّا
إِنْ كَانَتْ بَكْرًا ، وَاخْتَلَفَا^(١) فِي الْإِصَابَةِ ، أَرَبَتِ النِّسَاءُ الثَّقَاتِ ، فَإِنْ شَهِدْنَ بِثُبُوتِهَا ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ شَهِدْنَ بِبِكَارَتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطَّئَهَا زَالَتْ بِكَارَتِهَا .
وظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرْقَى ؛ أَنَّهُ لَا يَمِينَ هُنَا ؛ لِقَوْلِهِ فِي بَابِ الْعَيْنِ : فَإِنْ شَهِدْنَ بِمَا قَالَتْ ،
أَجَلَ سَنَةً . وَلَمْ يَذْكُرْ يَمِينَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ تَشْهَدُ لَهَا ، فَلَا تَجِبُ الْيَمِينُ
مَعَهَا .

و٧٤/٨

فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها ، فادَّعى أَنَّهُ أَصَابَهَا ، وَكَذَّبَتْهُ ، ثُمَّ
طَلَّقَهَا ، وَأَرَادَ رَجْعَتَهَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فَتَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي الْإِصَابَةِ فِي الْإِيلَاءِ ، وَلَا تَقْبَلُهُ فِي
إثبات الرجعة له^(٢) ، وَقَدْ سَبَقَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ فِي كِتَابِ^(٣) الرُّجْعَةِ .

(١) فِي ١ ، ب : هـ أَوْ اخْتَلَفَا .

(٢) سَقَطَ مِنْ ١ :

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، ب : هـ بَابِ هـ . وَتَقْدِمُ فِي : ١٠ / ٥٦٨ .

١٣٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، فَلَمْ يُصْنِهَا حَتَّى طَلَّقَهَا ،
وَالْقَضْتُ عِدَّتَهَا مِنْهُ ؛ ثُمَّ نَكَحَهَا ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ،
وَقَفَّ لَهَا ، كَمَا وَصَفْتُ)

وجملة الأمر أن المولى إذا أبان زوجته ، انقطعت مدة الإبلاء ، بغير خلاف علمناه
سواءً بآث بفسخ ، أو طلاق ثلاث ، أو بخلع ، أو بانقضاء عِدَّتِهَا مِنْ^(١) الطلاق
الرَّجْعِيِّ ؛ لأنها صارت أجنبيةً منه ، ولم يبقَ شيءٌ من أحكام نكاحها . فإن عادَ
فترؤَّجها ، عادَ حكمُ الإبلاءِ من حين تزوجها ، واستؤنفت المدة حينئذٍ ، فإن كانَ
الباقى من مدة يمينه^(٢) أربعة أشهر فما دون ، لم يثبت حكمُ الإبلاءِ ؛ لأنَّ مدة التَّربُّصِ
أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، تربَّصَ أربعة أشهر ، ثم وقَّفَ لها ، فإما أن
يَقِىءَ ، أو يُطَلَّقَ ، وإن لم يُطَلَّقَ ، طَلَّقَ الحاكمُ عليه . وهذا قول مالِك . وقال أبو
حَنِيفَةَ : إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تَرَكَها حتى انقضت عِدَّتُها ، ثم نَكَحَهَا ،
عاد الإبلاءُ ، وإن استوفى عِدَّةَ الطلاق ، لم يُعَدِ الإبلاءُ ؛ لأنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ الأوَّلِ زالَ
بالكُلِّيَّةِ ، ولهذا تُرْجِعُ إليه على طلاقٍ ثلاث ، فصارَ إيلاءُه في النِّكَاحِ الأوَّلِ كإيلائه من
أجنبية . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ : يَتَحَصَّلُ مِنْ أَقْوَالِهِ ثَلَاثَةُ أَقَاوِيلَ ؛ قولانِ كالمذهبيين ،
وقول ثالث : لا يعودُ حُكْمُ الإيلاءِ بحال . وهو قول ابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنها صارت بحالٍ لو
آلَى مِنْهَا لم يصِحَّ إيلاءُه / ، فبطلَ حكمُ الإيلاءِ مِنْهَا ، كالمُطَلَّقةِ ثلاثاً . ولنا ، أَنَّهُ مُمْتَنِعٌ
مِنْ وَطْءِ امرأته يمينٍ في حالِ نِكَاحِها ، فثبتَ لَهُ حُكْمُ الإيلاءِ ، كما لو لم يُطَلَّقَ ، وفارقَ
الإيلاءُ مِنَ الْأَجْنِبِيَّةِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِالْيَمِينِ عَلَيْهَا الْإِضْرَارَ بِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : ولو آلى من امرأته الأمة ، ثم اشتراها ، ثم أعتقها ، وتزوّجها ، عادَ

(١) في م زيادة : حين .

(٢) في ١ : الإيلاء .

الإيلاء . ولو كان المولى^(٣) عبداً ، فاشترته امرأته ، ثم أعتقته ، وتزوجته ، عاد الإيلاء . ولو بائت الزوجة بردة ، أو إسلام من أحدهما أو غيره ، ثم تزوجها تزويجاً جديداً ، عاد الإيلاء ، وتُستأنف المدة في جميع ذلك . وسواء عادت إليه بعد زوج ثانٍ أو قبله ؛ لأنَّ اليمين كانت منه في حال الزوجية ، فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية . وهكذا لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك . ثم طلقها ، ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول ، عاد حكم الإيلاء ؛ لأنَّ الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية ، فإن دخلت الدار في حال البتونة ، ثم عاد فتزوجها ، لم يثبت حكم الإيلاء في حقه ؛ لأنَّ الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ، ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته .

١٣٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، وَاخْتَلَفَا فِي مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي أَنَّهَا لَمْ تَمْضِرْ مَعَ يَمِينِهِ)

إنما كان كذلك ؛ لأنَّ الاختلاف في مضى المدة يبنى على الخلاف في وقت يمينه ؛ فإنهما لو اتفقا على وقت^(١) اليمين ، حسب من ذلك الوقت ، فعلم هل انقضت المدة أو^(٢) لا . وزال الخلاف . أما إذا اختلفا في وقت اليمين ، فقال : حلفت في غرة رمضان . وقالت : بل حلفت في غرة شعبان . فالقول قوله ؛ لأنه صدر من جهته ، وهو أعلم به . فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ، ولأنَّ الأصل عدم الحلف في غرة شعبان ، فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل . قال الخرقي : ويكون ذلك مع يمينه . وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو بكر ، إلى أنه لا يمين عليه . قال القاضي : وهو أصح ؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح ، فلم تُشرع فيه يمين ، كما لو ادعى زوجية امرأة

(٣) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) في ب : أم ، .

فَأَنكَرْتَهُ . وَوَجْهَ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٣) .
وَلَأَنَّهُ حَقٌّ لَّادِمِيٍّ يَجُوزُ بِذُلِّهِ ، فَيُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، كَالَّذِينَ .

٧٥/٨ / **فصل :** فَإِنْ تَرَكَ الْوِطْءَ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْإِيلَاءَ الْحَلْفَ . وَلَكِنْ إِنْ
تَرَكَ ذَلِكَ لِغُذْرٍ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ غِيْبَةٍ ، وَنَحْوِهِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، وَإِنْ تَرَكَهُ مُضِرًّا بِهَا ،
فَهَلْ تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ
وَطَّئَهَا ، وَإِلَّا دُعِيَ بَعْدَهَا إِلَى الْوِطْءِ ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْهُ ، أُمِرَ بِالطَّلَاقِ ، كَمَا يُفْعَلُ ^(٤) فِي
الْإِيلَاءِ ، سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ أَضَرَّ بِهَا بِتَرْكِ الْوِطْءِ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، فَيَلْزَمُ حَكْمُهُ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ ،
وَلَأَنَّ مَا وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا لَمْ يَحْلِفْ ، كَالْتَّفَقَةِ وَسَائِرِ
الْوَاجِبَاتِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْيَمِينَ لَا تَجْعَلُ غَيْرَ الْوَاجِبِ وَاجِبًا إِذَا أَقْسَمَ عَلَى تَرْكِهِ ، فَوُجُوبُهُ
مَعَهَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِهِ قَبْلَهَا ، وَلَأَنَّ وَجُوبَهُ فِي الْإِيلَاءِ إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ ^(٥) حَاجَةِ الْمَرْأَةِ ، وَإِزَالَةِ
الضَّرَرِ عَنْهَا ، وَضَرَرُهَا لَا يَخْتَلِفُ بِالْإِيلَاءِ وَعَدَمِهِ ، فَلَا يَخْتَلِفُ الْوُجُوبُ . فَإِنْ قِيلَ :
فَلَا يَبْقَى لِلْإِيلَاءِ أَثَرٌ ، فَلِمَ أَفْرَدْتُمْ ^(٦) لَهُ بَابًا ؟ قُلْنَا : بَلْ لَهُ أَثَرٌ ؛ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِ
الْإِضْرَارِ ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ قَصْدُ الْإِضْرَارِ ، اِكْتَفَى بِدَلَالَتِهِ ، وَإِذَا لَمْ
تُوجَدْ الْيَمِينُ ، احْتَجْنَا إِلَى دَلِيلٍ سِوَاهُ يَدُلُّ عَلَى الْمُضَارَّةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْإِيلَاءُ لِدَلَالَتِهِ عَلَى
الْمُقْتَضَى لَا لِغَيْبِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛
لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمُؤَلٍّ ، فَلَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ ، وَلَأَنَّ تَعْلِيْقَ الْحُكْمِ
بِالْإِيلَاءِ يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، إِذْ لَوْ ثَبَتَ هَذَا الْحُكْمُ بِدُونِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَثَرٌ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

(٣) تقدم تخريجه في : ٥٢٥ / ٦ .

(٤) في ١ : « يؤمر » .

(٥) في م : « لدافع » .

(٦) في ب : « أفرد » .